



**University of  
Zurich<sup>UZH</sup>**

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2011

---

## **Kollisionsrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Elternunterhalts**

Ruzik, Andy ; Sethe, Rolf

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-49956>

Book Section

Originally published at:

Ruzik, Andy; Sethe, Rolf (2011). Kollisionsrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Elternunterhalts. In: Höland, Armin; Sethe, Rolf. Elternunterhalt. Baden-Baden: Nomos, 31-82.

Prof. Dr. Armin Höland/Prof. Dr. Rolf Sethe/  
Notarkammer Sachsen-Anhalt (Hrsg.)

# Elternunterhalt



**Nomos**

**Band 27**

**Schriften zum Notarrecht**

**Herausgegeben von der  
Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. (NotRV)**

Herausgeber-Beirat

Prof. Dr. Johannes Hager (Vorsitzender),  
Forschungsstelle für Notarrecht  
der Ludwig-Maximilians-Universität München

Notar Dr. Ulrich Bracker,  
Präsident der Landesnotarkammer Bayern

Prof. Dr. Walter Bayer,  
Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Prof. Dr. Mathias Schmoeckel,  
Rheinisches Institut für Notarrecht  
der Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Prof. Dr. Rainer Schröder,  
Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Klaus Tiedtke,  
Institut für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

**Kollisionsrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Eltern-  
unterhalts**

*Richter Dr. Andy Ruzik, LL.M.oec., Aachen*

*Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M., Universität Zürich*

## Kapitel 1      Einleitung\*

### A. Elternunterhalt als Frage von Gesetz und Moral

„Gewährt einer seinen Eltern nicht den nötigen Unterhalt, soll er für ehrlos erklärt werden.“ In diesen Worten, die dem attischen Staatsmann und Gesetzgeber Solon<sup>1</sup> zugeschrieben werden, kommt die Überzeugung zum Ausdruck, dass die Sorge für die Eltern eine moralische Pflicht<sup>2</sup> der Kinder ist, deren Verletzung (drastische) Konsequenzen haben muss. Zwar ist die Moral nicht das Thema des vorliegenden Beitrages, sondern das Recht und der daraus resultierende Anspruch von Eltern, von ihren Kindern im Bedarfsfall unterstützt zu werden. Heute werden Kinder eben nicht mehr „bei der Ehre gepackt“, sondern – jedenfalls in Deutschland – bei den §§ 1601 ff. BGB, obgleich auch für diese Regelungen Topoi wie „Einheit des Blutes“, „Bande der Familie“ und „Pietät“ Modell gestanden haben.<sup>3</sup> Auch haben sich inzwischen die Verhältnisse geändert; die Kinder sind dank der sozialstaatlichen Errungenschaften nicht mehr die – im wahrsten Sinne des Wortes – einzige „Lebensversicherung“ für Eltern, die nicht mehr selbst für ihren Lebensunterhalt sorgen können.<sup>4</sup> Dennoch ist der Blick auf Solon aufschlussreich: Er macht deutlich, dass der Elternunterhalt ein internationales Thema ist, das schon die alten Griechen bewegt hat.

### B. Problemstellung: Internationalität durch Mobilität

Internationalität ist auch das Stichwort beim Blick auf „kollisionsrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Elternunterhalts“. Die grenzüberschreitenden Sachverhalte, die einer solchen Betrachtung ihre praktische Relevanz verleihen,

\* Der Beitrag befindet sich auf dem Stand von Juli 2010.

1 Wohl 640–560 v. Chr.

2 Zur früher rein sittlichen Begründung der innerfamiliären Unterstützung *Koch*, Unterhaltspflichten in rechtshistorischer Sicht, in: Schwab/Henrich, Familiäre Solidarität – Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich, 1997, S. 9 f.; *Koller*, Die Verwandtenunterstützungspflicht im schweizerischen Recht oder: Der „verlorene Sohn“ im Spannungsfeld zwischen Fiskalinteresse und Privatinteresse, FamPra.ch 2007, 769, 770.

3 Motive zu dem Entwurfe eines BGB, Band IV, Berlin, Leipzig 1888, S. 677, 690; *Brudermüller*, Elternunterhalt und Generationensolidarität, in: FS Henrich, 2000, S. 31, 32.

4 *Schwab*, Familienrecht, 17. Aufl. 2009, Rn. 8, spricht von der Entlastung der Familie durch den Ausbau der sozialstaatlichen Sicherungen; ebenso *Eichendorfer*, Europarechtliche Anforderungen an Familienleistungen, in: FS Schwab, 2005, S. 1115.

liegen auf der Hand: Allein im Jahre 2007 haben ca. 636.000 Menschen Deutschland verlassen, darunter etwa 161.200 Deutsche; 574.800 Ausländer sind in diesem Zeitraum nach Deutschland gekommen.<sup>5</sup> Insgesamt lebten im Jahre 2009 etwa 6.694.000 Menschen ausländischer Herkunft in Deutschland<sup>6</sup>; belastbare Zahlen über die im Ausland lebenden Deutschen sind dagegen kaum erhältlich. Die Evangelische Kirche in Deutschland meldet für Ende November 2007 eine Zahl von etwa sechs Millionen.<sup>7</sup> Das beliebteste Auswanderungsland für Deutsche ist zurzeit die Schweiz.<sup>8</sup> Vor allem für diejenigen „Migranten“, die es in die Eidgenossenschaft zieht, ändert sich meist schlagartig auch die „Leistungsfähigkeit“ im unterhaltsrechtlichen Sinne.

Es sind vor allem solche Sachverhalte, die vorliegend von Interesse sind: In aller Regel wandern die jüngeren Menschen ins Ausland, während ihre Eltern daheim bleiben. Im Hinblick auf den Elternunterhalt leben also in Deutschland zunächst potentielle deutsche Unterhaltsgläubiger und ausländische Unterhaltsschuldner. Natürlich gibt es aber auch Fälle von „Elternmigration“, die mit Blick auf unterhaltsrechtliche Fragestellungen relevant sind. Man denke etwa an frühere Einwanderer, die es nach dem Berufsleben und der Kindererziehung wieder in die alte Heimat zieht und die potentiell unterhaltspflichtige Kinder in Deutschland zurücklassen.

Welches Recht in solchen grenzüberschreitenden Konstellationen überhaupt Geltung findet, offenbart zunächst ein Blick auf das Internationale Privatrecht für Unterhaltspflichten. Es wird sich zeigen, dass sich die Unterhaltspflichten von hier lebenden Kinder für ihre im Ausland ansässigen Eltern regelmäßig nach dem ausländischen Sachrecht richten; daher soll sich ein Rechtsvergleich anschließen, der insbesondere die rechtlich wie faktisch sehr interessante Situation in der Schweiz zum Gegenstand hat. Und schließlich darf nicht vergessen werden, dass Unterhalt nicht immer freiwillig geleistet wird; insofern wird die Frage nach der internationalen Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen die Thematik abrunden, wobei sich der Fokus hier auf die neueste unterhaltsrechtliche Verordnung der EU richtet.

5 Quelle: Statistisches Bundesamt, Wanderungen zwischen Deutschland und dem Ausland 2003–2007, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Bevoelkerung/Wanderungen/Tabellen/Content75/WanderungenInsgesamt,templateId=renderPrint.psml> (diese und alle folgenden Internetquellen abgerufen am 15.12.2010).

6 Quelle: Statistisches Bundesamt, Migration und Integration 2006–2008, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Navigation/Statistiken/Bevoelkerung/MigrationIntegration/AuslaendischeBevoelkerung/AuslaendischeBevoelkerung.psml>.

7 [http://www.ekd.de/aktuell\\_presse/news\\_2007\\_11\\_09\\_2\\_schindehueette\\_auslandsgemeinden.html](http://www.ekd.de/aktuell_presse/news_2007_11_09_2_schindehueette_auslandsgemeinden.html).

8 [http://www.welt.de/politik/article2012399/Auswandern\\_liegt\\_im\\_Trend\\_Zuwandern\\_auch.html](http://www.welt.de/politik/article2012399/Auswandern_liegt_im_Trend_Zuwandern_auch.html).

## Kapitel 2      Rechtsquellen des Internationalen Unterhaltsrechts

### A. Überblick

Im Internationalen Unterhaltsrecht ist es – jedenfalls *prima vista* – nicht erst die jeweiligen Regelungsgehalte, die Verwirrung stiften können, sondern bereits die Vielzahl der Rechtsquellen überhaupt. Der Begriff des „Dschungels“ liegt nahe und ist in diesem Kontext auch schon aufgegriffen worden.<sup>9</sup> Der Betrachter sieht sich aus deutscher Sicht mit diversen europäischen Regelungen, mit verschiedenen völkerrechtlichen Vereinbarungen und natürlich mit dem autonomen Recht konfrontiert. Zudem wird nicht selten danach differenziert, ob es um Fragen der Rechtsdurchsetzung oder um die Bestimmung des anwendbaren Rechts geht. Deshalb soll zunächst – um im Bild zu bleiben – ein wenig „Licht ins Unterholz“ gebracht werden.

Dabei können zwei Übereinkommen zum Internationalen Unterhaltsrecht von vornherein außer Betracht bleiben. Denn das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24.10.1956<sup>10</sup> und das ergänzende Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15.4.1958<sup>11</sup> sind schon dem Namen nach im vorliegenden Kontext nicht von Interesse. Darüber hinaus sind verschiedene Aspekte der Unterhaltsdurchsetzung in Europa durch die jüngste Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen<sup>12</sup> in einem Rechtsakt

9 *Kropholler/Blobel*, Unübersichtliche Gemengelagen im IPR durch EG-Verordnungen und Staatsverträge – Dargestellt am Beispiel des Internationalen Unterhaltsvollstreckungsrechts, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 453, 471; *Looschelders/Boos*, Das grenzüberschreitende Unterhaltsrecht in der internationalen und europäischen Entwicklung, FamRZ 2006, 374; *Man-kowski*, Im Dschungel der für die Vollstreckbarerklärung ausländischer Unterhaltsentscheidungen einschlägigen Abkommen und ihrer Ausführungsgesetze, IPRax 2000, 188 ff.; *Martiny*, Grenzüberschreitende Unterhaltsdurchsetzung nach europäischem und internationalem Recht – Verfahrenseinleitung und -durchführung, Anerkennung und Vollstreckung, FamRZ 2008, 1681, 1682; *Wagner*, Zur Vollstreckung deutscher dynamisierter Unterhaltstitel in Europa, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 727, 733.

10 BGBl. 1961 II, 1012.

11 BGBl. 1961 II, 1005.

12 ABl. Nr. L 7 vom 10.1.2009, S. 1, im Folgenden: EuUntVO. Sie tritt am 18.6.2011 in Kraft. Zur VO etwa *Gruber*, IPRax 2010, 128 ff. m.w.N.

konsolidiert worden, so dass etwa die EuGVVO<sup>13</sup> oder die EuVTVO<sup>14</sup> in diesem Kontext künftig an Bedeutung verlieren werden.

### *B. Die Haager Übereinkommen*

Dennoch bleiben vor allem das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2.10.1973<sup>15</sup> und das Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom selben Tage<sup>16</sup> aus deutscher Sicht vorerst relevant. Hier soll zwar durch das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007<sup>17</sup> und durch das Haager Übereinkommen über die Internationale Geltendmachung der Unterhaltsansprüche von Kindern und anderen Familienangehörigen vom selben Tage<sup>18</sup> eine Neuorientierung stattfinden, weil diese Übereinkünfte zwischen den jeweiligen Vertragsstaaten und in ihrem Anwendungsbereich die bisher erwähnten Übereinkünfte ersetzen sollen (Art. 18 HUP 2007 bzw. Art. 48 HVÜ 2007). Jedoch ist der Ratifikationsprozess für beide Abkommen noch nicht sehr weit fortgeschritten; die Konvention zur Unterhaltsdurchsetzung haben bisher nur die USA und Burkina Faso gezeichnet, während das Protokoll über das anwendbare Recht überhaupt noch keine Reaktion hervorgerufen hat.

### *C. Weitere Rechtsquellen*

Weiter ist das UN-Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Ausland vom 20.6.1956<sup>19</sup> zu erwähnen, das aber ebenfalls durch das Abkommen von 2007 ersetzt werden soll (dort Art. 49). Nicht zu vergessen sind das inzwischen revidierte Luganer Übereinkommen vom 30.10.2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen<sup>20</sup> im Verhältnis vor allem zur Schweiz, und – etwas exotischer – das fortgeltende Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich

13 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. Nr. L 12 vom 16.1.2001, S. 1.

14 Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, ABl. Nr. L 143 vom 30.4.2004, S. 15.

15 BGBl. 1986 II, 837, im Folgenden: HUÜ 1973.

16 BGBl. 1986 II, 825, im Folgenden: HVÜ 1973.

17 Im Folgenden: HUP 2007; dazu etwa Gruber, FS Spellenberg, 2010, 177 ff. m.w.N.

18 Im Folgenden: HVÜ 2007.

19 BGBl. 1959 II, 150.

20 ABl. EU Nr. L 147 vom 10.6.2009, S. 5, im Folgenden: LugÜ.



und dem Kaiserreich Persien vom 17.2.1929<sup>21</sup>. Entsprechend der Vorrangbestimmung des Art. 3 Nr. 2 EGBGB sei schließlich noch Art. 18 EGBGB erwähnt. Das Auslandsunterhaltsgesetz vom 19.12.1986<sup>22</sup>, das die Verfolgung gesetzlicher Unterhaltsansprüche in Staaten erleichtern soll, mit denen eine entsprechende Gegenseitigkeit verbürgt ist<sup>23</sup>, rundet das Bild einer komplexen Rechtsquellenvielfalt ab.

21 RGL. 1930 II, 1006; 1931 II, 9; BGBl. 1955 II, 829.

22 BGBl. 1986 I, 2563.

23 Zurzeit handelt es sich um 48 Bundesstaaten der USA, 11 Provinzen bzw. Territorien Kanadas und um Südafrika; dazu und allgemein zum AUG *Wicke*, Der Gang des Verfahrens nach dem Auslandsunterhaltsgesetz, FPR 2006, 240 ff.; vgl. auch *Hohloch*, Vollstreckung deutscher Unterhaltstitel im Ausland, FPR 2006, 244, 251 f.

## Kapitel 3      Das Kollisionsrecht des Elternunterhalts

Während dieser Überblick sowohl den Bereich des anzuwendenden Rechts als auch die Frage nach der internationalen Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen betrifft, soll es im Folgenden speziell um das Kollisionsrecht gehen. Dabei werden die derzeit und künftig maßgeblichen Anknüpfungsregeln und auch die für die Tätigkeit des Notars wohl interessante Frage im Vordergrund stehen, ob im Hinblick auf den Elternunterhalt Rechtswahlvereinbarungen zulässig sind. Zunächst aber soll das Verhältnis der relevanten Rechtsquellen zueinander betrachtet werden.

### *A. Maßgebliche Rechtsquellen und ihr Verhältnis zueinander*

#### I. Kollisionsrechtsvereinheitlichung und ihre Ziele

Kollisionsrechtliche Vorschriften zum Unterhalt im Allgemeinen sind im HUÜ 1973, im HUP 2007, in der EuUntVO und natürlich in Art. 18 EGBGB enthalten. Das Bestreben nach einer internationalen Vereinheitlichung der Anknüpfungsregeln ist unverkennbar; die Gründe hierfür liegen auf der Hand: Die Gewähr für einen internationalen Entscheidungseinklang in Unterhaltssachen bietet entweder die Vereinheitlichung des Sachrechts oder aber die Formulierung von gemeinsamen Kollisionsregeln, in deren Anwendung jedes zuständige Forum schließlich nach demselben materiellen Recht entscheidet. Ein einheitliches Sachrecht in Unterhaltsfragen erscheint jedoch auch aus heutiger Perspektive kaum erreichbar. Das gilt auch und insbesondere für den Elternunterhalt. Denn die Frage, ob Kinder ihren Eltern überhaupt unterhaltspflichtig sein sollten, wird international durchaus kontrovers beurteilt.<sup>24</sup> Zum anderen ist die Einstandspflicht der Jungen für die Älteren zumeist untrennbar mit sozialrechtlichen Implikationen verbunden, insbesondere mit den Regressmöglichkeiten des eintretenden Sozialstaates gegenüber den Nachkommen eines pflege- oder sonst unterstützungsbedürftigen Menschen.<sup>25</sup> Daher besteht die

24 Dazu instruktiv *Brudermüller*, in: FS Henrich, 2000, S. 31, 32 mit zahlreichen Nachweisen; einen kursorischen rechtsvergleichenden Überblick bietet *Hauß*, Elternunterhalt: Grundlagen und Strategien, 3. Aufl. 2010, Rn. 742 ff.; *Lipp*, Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat- und im Sozialrecht, NJW 2002, 2201, 2202.

25 Vgl. etwa *Boecken/Klatten*, Der Elternunterhalt bei Pflegebedürftigkeit zwischen sozialstaatlicher Verantwortung und individueller Einstandspflicht, JZ 2006, 285, 286 f.; *Dernedde*, Regressforderungen des Sozialhilfeträgers bei Elternunterhalt, JURA 2009, 839 ff.; *Lipp*, NJW 2002, 2204; *Martiny*, FamRZ 2008, 1681.

wohl einzige Möglichkeit, ein und denselben grenzüberschreitenden Fall in verschiedenen betroffenen Staaten mit demselben Ergebnis zu entscheiden, in der Angleichung der Kollisionsnormen und damit in der Anwendung desselben materiellen Rechts. Darüber hinaus macht es die Vereinheitlichung des maßgeblichen Internationalen Privatrechts auch vorhersehbar, welches Sachrecht auf den jeweiligen Fall anzuwenden sein wird.<sup>26</sup>

## II. Für den Elternunterhalt relevante Regularien

Diese „sensible“ Ausgangslage führt dazu, dass auch die bestehenden Kollisionsregeln internationalen Ursprungs daraufhin überprüft werden müssen, ob sie in der konkreten Situation – vor allem betreffend die in Rede stehende Unterhaltspflicht – überhaupt anwendbar sind. Dies ist im Hinblick auf den Elternunterhalt für alle erwähnten Rechtsquellen der Fall. Insbesondere hat kein Vertragsstaat des HUÜ 1973 von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, dessen grundsätzliche Anwendbarkeit auf alle Unterhaltspflichten, die sich aus Beziehungen der Familie und der Verwandtschaft ergeben (Art. 1)<sup>27</sup> einzuschränken. Das HUP 2007 geht in Art. 1 von demselben, weiten Anwendungsbereich aus wie das Vorgängerabkommen, erklärt aber Vorbehalte in Art. 27 für unzulässig. Dieser Paradigmenwechsel ist unter dem Aspekt der Klarheit und Rechtssicherheit natürlich zu begrüßen, weil der Rechtsanwender künftig nicht mehr in jedem Fall prüfen muss, ob der Staat, in dem der Unterhalt geltend gemacht werden soll, einen Vorbehalt erklärt hat. Zugleich ist dieser künftig weitere Anwendungsbereich aber auch bemerkenswert, weil das HUP 2007 ja eben an die Stelle des HUÜ 1973 treten soll. Man wird aber die Änderung letztlich auch unter dem Aspekt zu betrachten haben, dass die Working Group on Applicable Law mit dem Protokoll von 2007 auch Defizite des bisherigen Übereinkommens beheben wollte<sup>28</sup> und die Vorbehaltsklauseln offenbar als ein solches malum identifiziert hat. Naturgemäß finden sich auch keine Vorbehaltsklauseln in der Eu-UntVO und in Art. 18 EGBGB.

26 Zu den begrenzten Wirkungen der Kollisionsrechtsvereinheitlichung im Familienrecht aber *Dethloff*, Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, AcP 204 (2004), 544, 550 ff.; *Pinten*, Materielles Familienrecht in Europa – Rechtseinheit oder -vielfalt?, in: FS Spellenberg, 2006, S. 137, 138 f.

27 Damit ist auch der Elternunterhalt erfasst. Vgl. auch *Siehr*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2010, Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 49; *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374.

28 So der Explanatory Report von August 2007, [http://www.hcch.net/upload/wop/maint\\_pd33e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/maint_pd33e.pdf), Rn. 4.

### III. Verhältnis der Rechtsquellen

Schließlich ist die Frage nach dem Verhältnis zu stellen, in dem all diese Rechtsquellen zueinander stehen. Vermutlich liegt es nach mehr als 50 Jahren europäischer Integration für den deutschen Rechtsanwender am nächsten, die Antwort auf seine Fragen zunächst von der EuUntVO zu erhoffen. Deren Art. 15 jedoch, der als einzige Bestimmung eine Aussage zum anwendbaren Recht trifft, enttäuscht. Es handelt sich nämlich lediglich um eine Verweisung auf die Kollisionsnormen des HUP 2007, natürlich nur für die Mitgliedstaaten, die auch durch eben jenes Protokoll gebunden sind. Einen darüber hinausgehenden eigenständigen kollisionsrechtlichen Inhalt sucht man in der EuUntVO vergeblich. Dies ist jedoch nur folgerichtig, denn die EU und ihre Mitgliedstaaten haben sich an den Verhandlungen zum HUP 2007 beteiligt. Inzwischen hat der Europäische Rat mit Beschluss vom 30.11.2009 das HUP 2007 auch förmlich gebilligt.<sup>29</sup> Zwar wären zuvor die Mitgliedstaaten der EU rechtlich nicht gehindert gewesen, dem HUP 2007 beizutreten, auch wenn in der EuUntVO abweichende Kollisionsregeln festgelegt worden wären. Denn nach Art. 19 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 HUP 2007 bleibt abweichendes Einheitsrecht der EU in Fragen des Unterhalts grundsätzlich unberührt und nach Art. 69 Abs. 2 EuUntVO hat diese im Verhältnis der EU-Staaten untereinander ohnehin Vorrang vor internationalen Übereinkünften. Jedoch hätte dies in den EU-Mitgliedstaaten zu einer sehr unübersichtlichen kollisionsrechtlichen Lage in Abhängigkeit davon geführt, ob der Unterhaltssachverhalt einen Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat hat oder nicht.<sup>30</sup>

Wie erwähnt, ist das HUP 2007 aber noch von keinem Staat ratifiziert worden. Auch die EuUntVO wird erst ab dem 18.6.2011 Anwendung finden; wenn das HUP 2007 bis dahin in der EU noch nicht in Geltung sein sollte, werden dessen Bestimmungen ab diesem Zeitpunkt vorläufig angewendet.<sup>31</sup> Der europäische Verweis geht deshalb zurzeit noch ins Leere. Damit aber bleibt in Deutschland bis spätestens zum 17.6.2011 in Unterhaltsfragen das HUÜ 1973 relevant, das vom HUP 2007 nach dessen Art. 18 ja auch nur „im Verhältnis der Vertragsstaaten“ ersetzt werden soll; wo es also – umgekehrt gewendet – noch keine Vertragsstaaten gibt, bleibt die Vorgängerregelung maßgeblich.

Art. 18 EGBGB als autonome deutsche Kollisionsnorm stellt eine inhaltliche Kopie der Anknüpfungsregeln des HUÜ 1973 dar.<sup>32</sup> Weil ihm das Abkommen als unmittelbar geltendes innerstaatliches Recht vorgeht (Art. 3 Abs. 2 EGBGB) und mit allseitig konzipierten Regelungen (Art. 3 HUÜ)<sup>33</sup> unabhängig davon zur Anwendung kommt, ob der Sachverhalt einen Bezug zu einem anderen Vertragsstaat hat,

29 ABl. Nr. L 331 vom 16.12.2009, S. 17.

30 Dazu Janzen, Die neuen Haager Übereinkünfte zum Unterhaltsrecht und die Arbeiten an einer EG-Unterhaltsverordnung, FPR 2008, 218, 220 („Alptraum“).

31 All dies ergibt sich aus Art. 76 EuUntVO sowie aus Art. 4 Abs. 2 des Ratsbeschlusses vom 30.11.2009.

32 BGH FamRZ 2005, 1987, 1988 m.w.N.; Hohloch, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, Art. 18 EGBGB, Rn. 2.

33 Dazu noch unten S. 43.

ist die Bedeutung von Art. 18 EGBGB sehr marginal. Er erfährt nur noch dann Relevanz, wenn es um eine vom HUÜ 1973 nicht erfasste Unterhaltspflicht geht, was wegen dessen weitem Anwendungsbereich eben kaum der Fall ist.

#### *B. Gegenwärtige Anknüpfungsregeln für den Elternunterhalt*

Nach diesem Befund steht fest, dass aus deutscher Perspektive zurzeit noch die Regelungen des HUÜ 1973 und des Art. 18 EGBGB für die Frage relevant sind, nach welchem Recht Sachverhalte zum Elternunterhalt in grenzüberschreitenden Fällen zu beurteilen sind. Wegen ihrer inhaltlichen Identität können die jeweiligen Inhalte gemeinsam erörtert werden.

#### **I. Aufenthaltsort des Berechtigten als Grundanknüpfung im Unterhaltsrecht**

Das für den (Eltern-)Unterhalt grundsätzlich maßgebliche Statut ist das Recht des Staates, in dem der Gläubiger bzw. Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat; dies ergibt sich sowohl aus Art. 4 Abs. 1 HUÜ 1973 als auch aus Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Dabei handelt es sich um Sachnormverweisungen, was sich bei Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB aus dem Wortlaut der Vorschrift und für das HUÜ aus dem Sinn und Zweck eines Staatsvertrages ergibt, nämlich Klarheit über das anzuwendende Recht zu schaffen und eben auch eine Vereinheitlichung herbeizuführen.<sup>34</sup> Der Grund für die Wahl dieses unbestritten sinnvollen<sup>35</sup> Anknüpfungsmoments erschließt sich beinahe von selbst: Unterhaltsleistungen dienen dazu, den anderweitig nicht gedeckten Lebensbedarf des Berechtigten zu sichern. Dieser Bedarf wird aber durch die konkreten rechtlichen und tatsächlichen Lebensumstände des Berechtigten geprägt, vor allem durch die wirtschaftliche Situation und das Preisgefüge; das Unterhaltsbedürfnis entsteht eben am Aufenthaltsort des Gläubigers.<sup>36</sup> Zwar könnte man vielleicht auch meinen, es sei auf den Aufenthaltsort des Schuldners abzustellen, weil sich unter den dortigen Bedingungen seine Leistungsfähigkeit konkretisiert; jedoch stehen Unterhaltsansprüche und -recht im Interesse des Bedürftigen, so dass die kollisionsrechtliche Entscheidung zu seinen Gunsten ausfallen muss. Die legitimen Interessen des Schuldners werden im hier interessierenden

<sup>34</sup> *Sturm/Sturm*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb. 2003, Einleitung zum IPR, Rn. 365.

<sup>35</sup> *Andrae*, Zum Verhältnis der Haager Unterhaltskonvention 2007 und des Haager Protokolls zur geplanten EU-Unterhaltsverordnung, FPR 2008, 196, 198, hält eine andere Auffassung erst gar nicht für vertretbar.

<sup>36</sup> BT-Drucks. 10/258, S. 60 (*Verwilghen*-Bericht); *Henrich*, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, in: FS Stoll, 2001, S. 437 f.; *Hohloch*, Unterhaltsstatut und Rechtswahl, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 401, 402; *Mankowski*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb. 2003, Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 137; *Siehr* in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 85.

Kontext durch Art. 11 Abs. 2 HUÜ 1973 und Art. 18 Abs. 7 EGBGB berücksichtigt, wonach in jedem Fall – also unabhängig vom berufenen Sachrecht – die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten zu beachten sind.

Eine Konsequenz der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthaltsort als einem veränderlichen Kriterium ist die Möglichkeit eines Statutenwechsels, die in Art. 4 Abs. 2 HUÜ 1973 ausdrücklich und in Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB implizit anerkannt ist, wenn dort auf den jeweiligen Aufenthalt abgestellt wird. Das ruft natürlich die Frage nach einem „böswilligen Umzug“ auf den Plan, um künftig in den Genuss eines vorteilhaften Unterhaltsrechts zu kommen. Jedoch scheint diese Problematik mit Blick auf den Elternunterhalt nicht sehr relevant zu sein: Die Unterhaltsberechtigten werden als zumeist „alte Bäume“ kaum noch anderswo Wurzeln schlagen wollen. Sie werden es in der Regel auch nicht können, weil Unterhaltsbedürftigkeit und Umzug sich meist finanziell ausschließen und – vor allem – weil die übergroße praktische Relevanz des Elternunterhalts den Pflegefall betrifft. Sollte eine solche Konstellation doch einmal auftreten, sind zwei Aspekte zu beachten: Zum einen hat der Kollisionsrechtsgesetzgeber mit der Wahl eines beweglichen Anknüpfungsmoments den Statutenwechsel zugelassen und muss diesen grundsätzlich auch ohne Blick auf die Motive beachten. Zum anderen lassen sich die Fälle über eine sorgfältige Prüfung des Aufenthaltsortes lösen. Ist dieser in Wahrheit nicht gewechselt worden, liegt gar kein „Umzug unter das neue Recht“ vor. Ist aber tatsächlich ein neuer Aufenthaltsort begründet worden, so entstehen eben dort die Unterhaltsbedürfnisse und es ist unter Berücksichtigung der kollisionsrechtlichen Entscheidung angemessen, das Recht des jeweiligen Staates anzuwenden.

## II. Heimatrecht der Parteien als Hilfsanknüpfung

Für den Fall, dass der Berechtigte nach seinem Aufenthaltsrecht vom Verpflichteten keinen Unterhalt erlangen kann, kommt nach Art. 5 HUÜ 1973 bzw. Art. 18 Abs. 1 S. 2 EGBGB das gemeinsame Heimatrecht der Beteiligten zur Anwendung. Natürlich muss ein solches überhaupt bestehen, was in Fragen des Elternunterhalts aber die Regel ist. Mit diesem sind beide Parteien am engsten verbunden und es erscheint gerechtfertigt, bei einem negativen Ergebnis nach dem Recht am Aufenthaltsort nunmehr auf diese Verbindung abzustellen. Allerdings bestehen Unklarheiten darüber, wann nach dem Aufenthaltsrecht ein Unterhalt nicht zu erlangen ist. Eindeutig trifft dies zu, wenn der begehrte Unterhalt von der in Anspruch genommenen Person schon im Prinzip gar nicht geschuldet wird.<sup>37</sup> Das ist im Hinblick auf den Elternunterhalt im Grunde nur der Fall, wenn sich die Eltern gewöhnlich in einem Common-Law-Staat oder in Skandinavien aufhalten.<sup>38</sup> Ebenso eindeutig greift die Hilfsanknüpfung nicht ein, wenn ein Unterhaltsanspruch zwar besteht, aber geringer

37 Siehr, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 118 ff.; Andrae, Internationales Familienrecht, 2. Aufl. 2006, S. 417 f., Rn. 48.

38 Zum Rechtsvergleich siehe unten S. 61 f.

ausfällt als derjenige nach dem Aufenthaltsrecht; hier bleibt es bei der Anwendung eben dieses „nachteilhafteren“ Statuts. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner nicht zahlungsfähig oder nicht auffindbar ist. Auch wenn das System mit Hilfs- und Ersatzanknüpfungen dem Schutz des Gläubigers dienen soll<sup>39</sup>, beinhaltet es keine Versicherung gegen „tatsächliche Unterhaltsrisiken“.

Umstritten sind dagegen die Situationen, in denen der Schuldner nach dem Aufenthaltsrecht des Gläubigers nicht leistungsfähig oder der im Grunde Berechtigte nicht bedürftig ist. Die Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums gehen hier davon aus, dass diese Konstellationen nicht gemeint sind und es demnach nicht zur Anwendung eines anderen als des Aufenthaltsrechts kommt.<sup>40</sup> Nach anderer Ansicht sind diese Fälle aber von Art. 5 HUÜ 1973 bzw. Art. 18 Abs. 1 S. 2 EGBGB erfasst.<sup>41</sup> Das Abstellen auf die eine oder andere Ansicht wird auch trotz Art. 11 Abs. 2 HUÜ 1973, wonach die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und die Bedürftigkeit des Berechtigten immer zu berücksichtigen sind, relevant sein, weil nach der ersten Auffassung eben kein Unterhalt geschuldet wird, während im zweiten Fall ein Anspruch bestehen kann, der nach Maßgabe der *lex fori* modifiziert wird<sup>42</sup>.

Denkbar ist aber auch, dass der Anspruch nach dem Aufenthaltsrecht noch nicht entstanden, bereits verfristet oder gar verwirkt ist; in letztem Falle wird dann zu- meist aber auch das Heimatrecht bestimmte Vorkehrungen enthalten. Beim Eltern- unterhalt wird die Hilfsanknüpfung aus deutscher Sicht ohnehin nur dann relevant, wenn die zwar im Ausland, aber nicht in ihrer Heimat lebenden Eltern ihre Kinder hiezulande in Anspruch nehmen und nach dem Aufenthaltsrecht keinen Unterhalt erlangen können; würden sie nämlich (wieder) in ihrer Heimat leben, wäre das Auf- enthaltsrecht mit dem Heimatrecht identisch und es wäre weiterhin kein Unterhalt geschuldet.

### III. Ersatzanknüpfung: *lex fori*

Diese Konstellation führt unmittelbar zur letzten Sprosse der unterhaltsspezifischen Anknüpfungsleiter: Wenn auch ein gemeinsames Heimatrecht der Beteiligten keinen Unterhalt gewährt, kommt ersatzweise die *lex fori* des angerufenen Gerichts bzw. – wo Behörden den Unterhalt festsetzen – der angerufenen Stelle zur Anwendung. Dies ist in Art. 6 HUÜ 1973 bzw. Art. 18 Abs. 2 EGBGB geregelt, wobei das EGBGB zur Anwendung durch deutsche Stellen vorgesehen ist und daher sogleich ausdrücklich auf das deutsche Recht verweist. Diese Bestimmungen greifen außerdem dann ein, wenn das Aufenthaltsrecht des Berechtigten keinen Unterhalt gewährt

39 *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374, 375.

40 BGH FamRZ 2001, 412 f. m.w.N.; OLG Hamm, FamRZ 1998, 25; *Andrae* (Fn. 37), S. 417 f., Rn. 48; *Heiderhoff*, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, Art. 18 EGBGB, Rn. 48.

41 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 182a.

42 Dazu unten S. 44.

und ein gemeinsames Heimatrecht gar nicht besteht; das dürfte beim Elternunterhalt aber – wie erwähnt – kaum der Fall sein.

#### IV. Deutsches Recht nach Vorbehaltserklärung

Das HUÜ 1973 erlaubt es den Vertragsstaaten in seinem Art. 15, einen Vorbehalt zu erklären, wonach diese ihr Heimatrecht anwenden können, wenn sowohl der Berechtigte als auch der Verpflichtete ihnen angehören und der Verpflichtete in seinem Heimatstaat ansässig ist. Hier wird also auf das Aufenthaltsrecht des Schuldners abgestellt, das zugleich das Heimatrecht beider Parteien ist. Deutschland hat ebenso von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wie die Schweiz und alle anderen Vertragsstaaten mit Ausnahme von Estland, Frankreich, Griechenland und Japan; die entsprechende Verankerung findet sich für Deutschland in Art. 18 Abs. 5 EGBGB. Unter den angesprochenen Voraussetzungen wird also die *lex fori*, mit der in diesen Fällen ein sehr enger Zusammenhang besteht, der Anwendung des Aufenthaltsrechts des Berechtigten vorgezogen. Das mag aus pragmatischen Gründen auch nachvollziehbar sein; der einzige Bezug zum Ausland ist ja eben der Aufenthaltsort des Berechtigten. Allerdings wird die grundsätzliche Anknüpfung an das Aufenthaltsrecht des Gläubigers aus den vorhin erwähnten Gründen – der Unterhaltsbedarf entsteht am Lebensmittelpunkt des Berechtigten – nahezu einhellig für sachdienlich und richtig gehalten. Warum dieser Grundsatz nun einer Anknüpfung anhand einer „engsten Verbindung“ geopfert wird, ist wenig nachvollziehbar. Jedoch mag es im Entstehungsjahr des Abkommens noch mehr Vorbehalte gegenüber der Anwendung fremden Rechts gegeben haben, als das heutzutage der Fall sein dürfte.<sup>43</sup> Mit dieser Bestimmung wird außerdem ein *forum shopping* ermöglicht: In den von Art. 15 HUÜ 1973 adressierten Sachverhalten kann der Unterhaltsberechtigte durch die entsprechende Auswahl des Klageortes das anwendbare Recht beeinflussen. Macht er den Anspruch am Sitz des Verpflichteten im gemeinsamen Heimatstaat geltend, ist dessen Recht maßgeblich; entscheidet er sich – zulässigerweise – aber für eine Geltendmachung am Klägergerichtsstand, ist wegen Art. 4 HUP 1973 bzw. Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB das dort geltende Unterhaltsrecht einschlägig.

#### V. Flankierende Bestimmungen

Diese Anknüpfungsregeln werden durch weitere Bestimmungen ergänzt<sup>44</sup>, von denen hier vier angesprochen werden sollen. Hervorzuheben ist zunächst Art. 3 HUÜ 1973: Unabhängig davon, ob der Sachverhalt einen Bezug zu einem Vertragsstaat

<sup>43</sup> Kritisch auch *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374, 377.

<sup>44</sup> *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 84, misst allen anderen Bestimmungen des Abkommens praktisch eine nur dienende Funktion zu.



hat, kommt das Abkommen bereits dann zur Anwendung, wenn eine unterhaltsrechtliche Frage in einem Mitgliedstaat unter Rückgriff auf das Internationale Privatrecht entschieden werden muss; konsequenterweise ordnet Art. 3 HUÜ 1973 weiter an, dass auch das schließlich maßgebliche materielle Recht nicht dasjenige eines Vertragsstaates sein muss. In Art. 18 EGBGB findet sich eine solche Allseitigkeitsanordnung natürlich nicht.

Als Folge dieser Offenheit gegenüber jedem fremden Recht formuliert Art. 11 Abs. 1 HUÜ 1973 einen Ordre-Public-Vorbehalt: Die Vertragsstaaten können von der Anwendung des eigentlich berufenen Unterhaltsstatuts absehen, wenn sie mit ihrer eigenen öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar wäre. Wie stets in diesen Fällen kommt es auf das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im Einzelfall an.<sup>45</sup> Diese Bestimmung ist in der deutschen Judikatur verschiedentlich erörtert worden, wobei es im Wesentlichen um Scheidungsfälle, aber nie um Elternunterhalt ging. Jedoch dürften die Prinzipien im Ernstfall auch im hier interessierenden Kontext dieselben sein: Strenge Handhabung und Beschränkung auf Ausnahmefälle sowie grundsätzliche Akzeptanz auch von Ergebnissen, die zum Nachteil des Gläubigers vom deutschen Recht abweichen.<sup>46</sup> Vor allem muss beachtet werden, dass allein die Nichtexistenz eines Unterhaltsanspruchs keinen Ordre-Public-Verstoß darstellt, weil für diese Fälle eben Ersatz- und Hilfsanknüpfungen vorgesehen sind; vielmehr kann ein Konflikt mit Art. 11 HUÜ 1973 bzw. Art. 6 EGBGB nur aufgrund der inhaltlichen Ausgestaltung eines in der Sache bestehenden Anspruchs entstehen. Demgegenüber gehört es zum deutschen Ordre Public, dass nach § 1614 BGB nicht im Voraus auf Unterhalt verzichtet werden kann.<sup>47</sup>

Schließlich soll noch einmal Art. 11 Abs. 2 HUÜ 1973 erwähnt werden, wonach unabhängig vom anzuwendenden Recht bei der Bemessung des Unterhalts die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verpflichteten und die Bedürfnisse des Berechtigten zu berücksichtigen sind. Wie das vonstatten gehen soll, ist jedoch nicht ganz klar. Es kann zwar als anerkannt gelten, dass die Vorschrift bereits dann greift, wenn Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit nach dem ausländischen Unterhaltsstatut nicht ausreichend berücksichtigt werden; sie müssen nicht völlig außer Betracht bleiben, um den Anwendungsbereich von Art. 11 Abs. 2 HUÜ 1973 zu eröffnen. Die daraus erwachsende Rechtsfolge ist jedoch umstritten. Wegen des auch kollisionsrechtlichen Charakters der Bestimmung (nämlich als besonderer Norm des Ordre Public<sup>48</sup>)

45 *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 343; *von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 6, Rn. 150.

46 BGH, NJW 1991, 2212, 2213 f.; OLG Bremen, IPRax 1998, 366, 367; OLG Zweibrücken, FamRZ 1997, 93; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1997, 1367; KG, NJW-RR 1994, 138, 139.

47 OLG Nürnberg FamRZ 1996, 353, 354; OLG Koblenz FamRZ 1990, 426, 427; OLG Celle FamRZ 1991, 598, 599; OLG Karlsruhe FamRZ 1992, 316, 317; OLG Hamm FamRZ 1998, 1532; OLG Hamm NJW-RR 1999, 950, 951 mit Anmerkungen von *Hohloch*, JuS 1999, 918; *Engler*, in: *Staudinger*, BGB, 14. Bearb. 2000, § 1614, Rn. 8; *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 391.

48 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 393; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 351; wohl auch *Boele-Woelki*,

kann zur Korrektur nur die *lex fori* berufen sein. Diskutiert wird dagegen, ob dies durch Pauschalierungen unter Rückgriff auf die Düsseldorfer Tabelle<sup>49</sup> oder durch individuelle Berechnungen erfolgen soll.<sup>50</sup>

Um überhaupt ein konkretes Ergebnis ausländischen Unterhaltsrechts zu erhalten, das sodann auf den Prüfstand des Art. 11 HUÜ 1973 gestellt werden kann, gibt Art. 10 HUÜ 1973 Aufschluss darüber, welche Aspekte denn eigentlich dem nach Art. 4–6 HUÜ 1973 ermittelten Statut unterfallen sollen. Die schon nach dem Wortlaut („insbesondere“) nicht abschließende Aufzählung<sup>51</sup> erwähnt in Nr. 1 die Frage, von wem der Gläubiger in welchem Ausmaß Unterhalt verlangen kann. Damit ist gerade auch im Hinblick auf das „Politikum“ Elternunterhalt klargestellt, dass seine Existenz und seine Voraussetzungen in der Sache allein vom Unterhaltsstatut bestimmt werden. Art. 10 Nr. 2 HUÜ 1973 unterstellt unter dem Aspekt der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen die Klagebefugnis und die Fristen zur Anspruchsdurchsetzung, insbesondere also Verjährungs- und Verwirklichungsfristen, dem Unterhaltsstatut. Dabei herrscht aber die einschränkende Betrachtungsweise vor, dass die Klagebefugnis entweder nach dem Unterhaltsstatut oder aber nach dem Recht vorliegen muss, welches das IPR der *lex fori* normalerweise beruft. Mit anderen Worten: Die Klagebefugnis nach dem Unterhaltsstatut ist ausreichend, aber nicht notwendig.<sup>52</sup> Schließlich klärt Art. 10 Nr. 3 HUÜ 1973 noch den wichtigen Punkt des Umfangs der Erstattungspflicht gegenüber öffentlichen Leistungsträgern; auch dieser ist nach dem Unterhaltsstatut zu beurteilen. Damit werden Regressansprüche des Sozialstaates unmittelbar an die ursprünglichen zivilrechtlichen Unterhaltsansprüche gebunden und es wird erreicht, dass der Schuldner nicht dadurch besser oder schlechter gestellt werden darf, dass die öffentliche Hand in Vorleistung getreten ist.<sup>53</sup>

## VI. Insbesondere: Sozialhilferegress

Diese Regelung leitet direkt über zu Art. 9 HUÜ 1973. In der Praxis erfährt der Elternunterhalt bekanntlich seine Relevanz durch Klagen von Sozialleistungsträgern, die Leistungen an bedürftige Eltern erbracht haben und nun aus nach § 94 Abs. 1 SGB XII übergegangenem Recht gegen deren Nachkommen vorgehen. In einer

IPRax 1998, 494, die zugleich den Sachnormcharakter der Vorschrift betont; zur Schutzfunktion der Bestimmung BGE 123 III 1, 7. Siehe auch die Botschaft des Schweizerischen Bundesrates zum HUÜ 1973, BBl. 1975 II, 1395, 1402 f.

49 So die Praxis OLG München, FamRZ 2002, 55, 55 f.; OLG Koblenz, FamRZ 2002, 56, 57 f.; OLG Zweibrücken, FamRZ 1999, 33, 35.

50 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 401.

51 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 315; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 196.

52 *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 289.

53 Zur Ratio *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 361; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 300.

Rückschau auf die höchstrichterlichen Entscheidungen zum Elternunterhalt der letzten sieben Jahre fällt nur ein Judikat durch eine andere Ausgangslage auf; hier klagte ein seiner Mutter Unterhalt leistender Sohn auf Auskunft gegen seinen Bruder und dessen Ehefrau.<sup>54</sup> Diese rechtstatsächliche Situation lässt natürlich darauf schließen, dass auch in den internationalen Sachverhalten der Sozialhilferegress von großer Bedeutung ist.<sup>55</sup> Wegen der internationalen Verbreitung dieses Systems von subsidiärer Vorleistung und Erstattung<sup>56</sup> ist es nicht nur denkbar, dass der deutsche Leistungsträger gegen einen im Ausland ansässigen Schuldner vorgeht, sondern es ist auch die Inanspruchnahme eines hier lebenden Unterhaltsverpflichteten durch ausländische Behörden denkbar.

Demzufolge enthält das Unterhaltskollisionsrecht auch Bestimmungen für den Fall, dass öffentliche Einrichtungen an den Unterhaltsberechtigten geleistet haben. Deren Berechtigung nämlich, hierfür eine Erstattung zu verlangen, richtet sich gemäß Art. 9 HUÜ 1973 nach dem Recht, dem die jeweilige Einrichtung untersteht. Damit ist indessen nur die Frage nach dem „Ob“ und dem „Wie“ der Erstattung angesprochen. Ob also ein Ersatzanspruch besteht, ob dieser als abgeleitetes oder selbständiges Recht der öffentlichen Hand ausgestaltet ist oder ob ein abgeleiteter Anspruch per Verwaltungsakt übergeleitet oder im Wege der Legalzession auf den öffentlichen Leistungsträger übergeht – all das richtet sich nach dem so genannten „Erstattungsstatut“, dem Recht also, dem die vorleistende Behörde selbst untersteht.<sup>57</sup> Demgegenüber ist die Frage, in welcher Höhe der Verpflichtete Vorausleistungen zu erstatten hat, anhand des Unterhaltsstatuts zu bemessen; das ergibt sich eindeutig aus dem soeben erwähnten Art. 10 Nr. 3 HUÜ 1973 und Art. 18 Abs. 6 Nr. 3 EGBGB.

### *C. Künftige Anknüpfungsregeln nach dem HUP 2007*

#### **I. Gründe für die Neukonzeption des staatsvertraglichen Unterhaltskollisionsrechts**

Schon mehrfach ist nun das Ende 2007 aufgelegte Unterhaltsprotokoll erwähnt worden. Dies ist vor dem Hintergrund geschehen, dass die einst intendierte weitreichende Vereinheitlichung des Unterhaltskollisionsrechts mit dem HUÜ 1973 nicht erreicht wurde. Dessen größtes Manko ist nämlich der nur kleine Kreis von 14 Vertragsstaaten, die mit Ausnahme Japans und der Türkei sämtlich zu Europa gehören.

<sup>54</sup> BGH, NJW 2003, 3624.

<sup>55</sup> Für die Schweiz bestätigt dies *Koller*, FamPra.ch 2007, 769, 781.

<sup>56</sup> Siehe zum Rechtsvergleich unten S. 61 ff.

<sup>57</sup> Dazu *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 313 f.; *Siehr*, in: *MünchKommBGB* (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 191 ff.

Damit ist einerseits selbst die Mehrheit der EU-Staaten nicht Mitglied des Übereinkommens, während sämtliche Staaten des common law dem Abkommen ganz fern geblieben sind.<sup>58</sup> Andererseits stehen die meisten Mitglieder des Abkommens durch die EU in einer besonderen Beziehung zueinander, die auch das Internationale Privat- und Verfahrensrecht determiniert.

Eigentlicher Ausgangspunkt für diese geringe Akzeptanz des HUÜ 1973 ist die ablehnende Haltung vieler Staaten gegenüber der Anwendung ausländischen Unterhaltsrechts, was ja aber nach Art. 4, 5 HUÜ 1973 grundsätzlich möglich ist. Das gilt insbesondere für solche Länder, in denen Unterhaltsentscheidungen nicht von Gerichten, sondern von Verwaltungsbehörden getroffen werden; gerade ihnen wollen die betreffenden Staaten die nicht selten langwierige und auch kostspielige Ermittlung fremden materiellen Rechts nicht zumuten. Diese Grundsatzkontroverse hielt auch noch an, als die bestehenden Haager Konventionen ab 2003 überarbeitet, verbessert und so zu einem neuen und umfassenden Instrument im Internationalen Unterhaltsrecht zusammengeführt werden sollten, vor allem um eine größere Anzahl von Staaten anzuziehen. Dieses Vorhaben war aber von der andauernden Debatte um die Kollisionsrechtlichen Regelungen überschattet, die den Einigungsprozess erheblich erschwerte. In dem Bestreben, möglichst schnell im Hinblick auf den wichtigen Bereich der grenzüberschreitenden Unterhaltsdurchsetzung voranzukommen, entschloss man sich, die Frage nach dem anzuwendenden Recht „auszugliedern“ und in einem separaten Protokoll, eben dem jetzigen HUP 2007, zu regeln.<sup>59</sup>

## II. Abweichende Anknüpfungsleiter

Die allgemeine Akzeptanz, das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Gläubigers zum Unterhaltsstatut zu berufen, setzt sich auch im HUP 2007 fort. Dessen Art. 3 enthält eine entsprechende Grundanknüpfung mit der Vorgabe, dass sich beim Wechsel eben dieses Aufenthaltsortes auch das maßgebliche Unterhaltsrecht – freilich nur mit Wirkung für die Zukunft – ändert. Unterschiede zum HUÜ 1973 ergeben sich aber, wenn das Aufenthaltsrecht des Berechtigten keinen Unterhalt gewährt. Im Kern wurde dabei die Bedeutung der *lex fori* gestärkt, während das Heimatrecht der Parteien auf der kollisionsrechtlichen Anknüpfungsleiter eine Sprosse zurückversetzt wurde. Hinter dieser Modifikation steht der Gedanke, die Position des Unterhaltsgläubigers zu stärken, indem er per forum shopping mittelbar das anzuwendende materielle Recht bestimmen kann. Ein solcher *favor creditoris* war ursprünglich nur für Unterhaltsberechtigte vorgesehen, die jünger sind als 21 Jahre. Im Mai 2007 hat sich aber die Mehrheit der Delegationsmitglieder der Working

58 Zu dieser Problematik *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374, 375.

59 Zu diesen Zusammenhängen Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 1 f.; *Andrae*, FPR 2008, 196, 198.

Group on Applicable Law dafür entschieden, unterhaltsbedürftigen Eltern eine ebenso günstige Position einzuräumen.<sup>60</sup>

Wenn nun also das Recht im Aufenthaltsstaat des Gläubigers keinen (Eltern-)Unterhalt gewährt, kommt nach Art. 4 Abs. 2 HUP 2007 nicht mehr zuerst ein gemeinsames Heimatrecht der Parteien zum Zuge, sondern das am Ort des angerufenen Gerichts geltende Recht. Mit dieser Entscheidung wollte man in Den Haag die ohnehin sehr umstrittene Bedeutung der Staatsangehörigkeit für den Unterhalt reduzieren. Wie schon die Beibehaltung der Grundanknüpfung zum Ausdruck bringt, sind es nach internationaler Überzeugung die Lebensbedingungen am Aufenthaltsort des schutzwürdigen Unterhaltsberechtigten, welche die Bestimmung des materiellen Unterhaltsrechts determinieren sollen; demgegenüber sagt die (wenn auch gemeinsame) Staatsangehörigkeit der Parteien über den Unterhaltsbedarf des Gläubigers gar nichts aus. Darüber hinaus wird argumentiert, eine hilfs- oder ersatzweise Berufung des Heimatrechts der Parteien benachteilige solche Unterhaltsberechtigten, die eine andere Nationalität haben als der Schuldner.<sup>61</sup> Dies ist jedoch kein überzeugendes Argument, weil es allenfalls um eine Bevorzugung der jeweiligen Gläubiger geht und das (internationale) Unterhaltsrecht ja allgemein vom Schutzgedanken zugunsten des Berechtigten geprägt ist. Mit einem Verzicht auf die Heimatrechtsanknüpfung wäre dieser Vorzug beseitigt, ohne dass für die „mehrstaatigen“ Unterhaltsbeziehungen etwas gewonnen wäre. Schließlich ist, wenn man die Begriffe „Bevorzugung“ und „Benachteiligung“ auf den Begriff der „Ungleichbehandlung“ reduziert, eben mit dem (Nicht-)Vorliegen einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit ein taugliches Unterscheidungskriterium gegeben, das die Differenzierung zu rechtfertigen vermag.<sup>62</sup>

Zugleich sollte mit dem Prioritätenwechsel in der Anknüpfungskaskade die Arbeit des angerufenen Gerichts bzw. der zuständigen Behörde erleichtert werden, die nun nicht mehr zuerst das gemeinsame Heimatrecht der Parteien erforschen, sondern auf der Basis ihres eigenen Rechts schneller und günstiger zu einer Entscheidung kommen können; hiervon profitiert natürlich auch der Gläubiger.<sup>63</sup> Weil diese Hilfsanknüpfung wieder daran gebunden ist, dass nach dem zuerst befragten Recht kein Unterhalt gewährt wird, stellen sich dieselben Fragen wie unter Art. 5 HUÜ 1973.<sup>64</sup> Immerhin geben die Materialien zum HUP 2007 eindeutig Aufschluss über die diesbezüglich am meisten diskutierte Frage: Scheitert ein Unterhaltsanspruch allein an ökonomischen Faktoren, namentlich an der fehlenden Bedürftigkeit des Berechtigten bzw. an der Leistungsfähigkeit des Schuldners, kommt die Hilfsanknüpfung nicht zur Anwendung.<sup>65</sup>

60 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 24 f.

61 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 42 m.w.N.

62 *Looschelder/Boos*, FamRZ 2006, 374, 376, mit Hinweis auf *Gruber*, in: AnwK-BGB, 1. Aufl. 2004, Anhang I zum III. Abschnitt EGBGB, Art. 3 EheVO 2003, Rn. 5.

63 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 28; *Looschelders/Boos*, FamRZ 2006, 374, 376.

64 Siehe oben S. 41 f.

65 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 29.

Die Relevanz dieser subsidiären Anknüpfung wird jedoch durch Art. 4 Abs. 3 HUP 2007 relativiert. Denn danach kommt es immer – und eben nicht nur subsidiär – zur Anwendung der *lex fori*, wenn der Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat hat, in dem die Ansprüche durch den Gläubiger geltend gemacht werden. Es handelt sich um einen Kompromiss zwischen jenen, die generell die *lex fori* angewendet wissen wollten, und den Delegationen, die streng am Recht des Gläubigeraufenthaltsortes als Unterhaltsstatut festhalten wollten. Damit hat Art. 4 Abs. 2 HUP 2007 nur eine Bedeutung, wenn entweder der Schuldner selbst etwa eine Abänderungsklage erhebt oder der Anspruch in einem Staat geltend gemacht wird, in dem keine der Parteien ansässig ist. Wird Klage in dem Staat erhoben, in dem der Gläubiger sich gewöhnlich aufhält, fallen regelmäßiges Unterhaltsstatut und *lex fori* ohnehin zusammen; wird der Anspruch im Aufenthaltsstaat des Schuldners geltend gemacht, greift sofort Art. 4 Abs. 3 HUP 2007. Hierfür sprechen zwei Gründe: Das Aufenthaltsrecht des Gläubigers büßt seine Vorzüge teilweise ein, wenn es von ausländischen Behörden oder Gerichten erst zeit- und kostenaufwändig ermittelt werden muss und auch dann gilt, wenn es dem Gläubiger zum Nachteil gereicht. Vor allem aber hat der Gläubiger in der Regel die Wahl zwischen einem Gläubiger- und einem Schuldnergerichtsstand; entscheidet er sich daher freiwillig für eine Klage am Aufenthaltsort des Schuldners und damit für den anerkannten Grundsatz *actor sequitur forum rei*, kann er kaum etwas gegen die Anwendung der dortigen *lex fori* einzuwenden haben.<sup>66</sup>

In Umkehrung der Anknüpfungsreihenfolge ist schließlich auf Art. 4 Abs. 4 HUP 2007 hinzuweisen, wonach als letzte Möglichkeit das gemeinsame Heimatrecht der Parteien berufen wird, wenn es ein solches gibt und wenn nach den bisher erwähnten Bestimmungen kein Unterhalt zu erlangen ist. Dass es in Sachen Elternunterhalt zur Anwendung dieser Regelung kommen kann, ist nicht unwahrscheinlich, weil diese Form des Unterhalts eben nicht überall vorgesehen ist. Die Materialien zum HUP 2007 betonen außerdem ausdrücklich die besondere Bedeutung, die eine gemeinsame Nationalität in Unterhaltsbeziehungen zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern haben kann.<sup>67</sup>

### III. Einrede fehlender Gegenseitigkeit

Eine Neuigkeit im Vergleich zum HUÜ 2007 ist auch in Art. 6 HUP 2007 enthalten. Danach kann der Unterhaltsverpflichtete geltend machen, dass er weder nach dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltsortes noch nach dem – wenn vorhanden – gemeinsamen Heimatrecht der Parteien Unterhaltsleistungen schuldet. Da diese Einrede nicht erhoben werden kann, wenn es um Kindes- und (Ex-)Ehegattenunterhalt geht, wird die Ratio der Norm leicht offenbar: Es geht um die Abwehr international nicht einhellig anerkannter Ansprüche, wenn diese im konkre-

<sup>66</sup> Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 34 f.

<sup>67</sup> Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 41.

ten Unterhaltsverhältnis nur wegen des nach den Art. 3, 4 HUP 2007 objektiv bestimmten Rechts bestünden und damit das Gegenseitigkeitsverhältnis gestört wäre, das den Unterhaltspflichten innerhalb einer Rechtsordnung zumeist zugrunde liegt.<sup>68</sup> Damit ist die Bestimmung auch für den Elternunterhalt relevant.<sup>69</sup> Im HUÜ 1973 ist das Pendant zu dieser Regelung noch viel enger gefasst, nämlich auf Unterhaltspflichten von Verwandten in der Seitenlinie und von Verschwägerten beschränkt; dafür ist es ausreichend, wenn entweder das gemeinsame Heimatrecht der Parteien oder das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Verpflichteten den in Rede stehenden Unterhaltsanspruch nicht vorsieht (Art. 7 HUÜ 1973). Im HUP 2007 ist der Einredestatbestand auf alle Unterhaltspflichten erweitert worden; dafür muss sich der Schuldner aber sowohl auf das gemeinsame Heimatrecht als auch auf das Recht seines gewöhnlichen Aufenthaltsorts berufen können.<sup>70</sup> Alles in allem handelt es sich um einen Kompromiss. Insbesondere die Erstreckung des Einredestatbestandes auf alle Unterhaltspflichten ist der Unzulässigkeit von Vorbehaltserklärungen nach dem HUP 2007 geschuldet und bringt ihrerseits die Notwendigkeit „of more restricted connection rules for these cases“ mit sich.<sup>71</sup>

#### IV. Zulässigkeit der Rechtswahl

##### 1. Rechtswahl als Novum im Unterhaltskollisionsrecht

Über die modifizierte Ausgestaltung der Anknüpfungsleiter hinaus wird – vor allem auch aus der Sicht der Notare – der bedeutendste Unterschied zwischen altem und neuem Recht aber in der künftigen Zulässigkeit der Rechtswahl bestehen. Denn nach der bisherigen Rechtslage unter dem HUÜ 1973 und demzufolge auch nach Art. 18 EGBGB ist eine Rechtswahl im Internationalen Unterhaltsrecht nicht vorgesehen, was im Schrifttum zu der ganz überwiegenden Auffassung geführt hat, im Bereich gesetzlicher<sup>72</sup> Unterhaltsansprüche sei Parteiautonomie auch unzulässig.<sup>73</sup> Wie

68 Zum Erhalt der Gegenseitigkeit als eigentlicher Ratio solcher Bestimmungen Siehr, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 143 f.; Linke, in: Göppinger/Wax, Unterhaltsrecht, 9. Aufl. 2008, Rn. 3074; Mankowski, in: Staudinger (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 204 f. Andrae, FPR 2008, 196, 202, schränkt die Bedeutung der Gegenseitigkeit bei Art. 6 HUP ein, da bei der Eltern-Kind-Relation nur das Kind und nicht ein Elternteil die Einrede erheben kann.

69 So ausdrücklich der Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 60.

70 Das ergibt sich auch aus dem englischen Wortlaut der Norm: „... both the law of the State of the habitual residence of the debtor and the law of the State of the common nationality of the parties, if there is one.“

71 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 59.

72 Bei vertraglich begründeten Unterhaltsansprüchen ist eine Rechtswahl dagegen nach Art. 27 EGBGB a.F. (jetzt Art. 3 Rom I-VO) zulässig, wobei eine Vereinbarung über den konkreten

schon bei der Grundanknüpfung des Unterhaltsstatuts an den gewöhnlichen Aufenthaltsort und damit an die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltsberechtigten, steht dahinter die Überlegung, der Unterhaltsgläubiger sei tendenziell die schwächere Partei und seine Interessen seien bei Zulassung einer Rechtswahl stärker gefährdet als diejenigen des Schuldners; hinzu tritt die Anerkennung, welche die objektiven Anknüpfungskriterien überwiegend gefunden haben.<sup>74</sup> Zwar hat der niederländische Hoge Raad in einer Entscheidung vom 21.2.1997 die Wahl des Unterhaltsstatuts in einem Scheidungsfall für wirksam gehalten; dabei hatte ein nach iranischem Recht verheiratetes Paar, das in den Niederlanden lebte, im Berufungsverfahren über seine Scheidung das niederländische Recht, das zugleich *lex fori* war, für die Unterhaltsforderung der Frau für anwendbar erklärt.<sup>75</sup> Um diese sehr spezielle Konstellation kreisen die Erwägungen des Gerichts, wobei es eine wichtige Rolle spielt, dass es sich um einen Scheidungsfall handelt und das gewählte Recht – abweichend von Art. 8 HUÜ 1973 – sowohl der *lex fori* als auch der Grundanknüpfung des Art. 4 HUÜ 1973 entsprach. Vor diesem Hintergrund sollte im Hinblick auf den Nachehelichenunterhalt sehr vorsichtig mit Verallgemeinerungen umgegangen werden<sup>76</sup>; betreffend andere Formen des Unterhalts kann dagegen wohl ohnehin nicht von einer präjudiziellen Wirkung des Urteils ausgegangen werden.

Anderenfalls wäre die nunmehr vorgesehene beschränkte Rechtswahlmöglichkeit nach dem HUP 2007 auch gar nicht notwendig gewesen, mit Ausnahme natürlich der damit verbundenen Rechtsklarheit. Dass der Explanatory Report zum HUP 2007 betont, eine Rechtswahl soll – nämlich künftig – eine besondere Rolle in den Unterhaltsbeziehungen Erwachsener, insbesondere in Scheidungsfällen, spielen<sup>77</sup>, bestätigt im Übrigen die Auffassung, eine Rechtswahl sei bisher auch trotz der Entscheidung des Hoge Raad nicht vorgesehen gewesen. Die Entscheidung jedenfalls, in Zukunft eine Rechtswahl in Unterhaltsangelegenheiten zuzulassen, ist von dem Gedanken getragen, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit zu ermöglichen, auch wenn sich die persönlichen Verhältnisse der Unterhaltsparteien ändern; für die Wahl der *lex fori* in einem konkreten Verfahren streitet darüber hinaus die Möglichkeit der angegangenen Behörden bzw. Gerichte, ihr Heimatrecht anzuwenden.<sup>78</sup>

Inhalt gesetzlicher Ansprüche nichts an deren gesetzlichem Charakter ändert, vgl. etwa OLG Koblenz, NJW 2003, 439, 440.

73 Siehr, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 84, macht jedoch eine Ausnahme beim Unterhalt nach Scheidung (a.a.O. Rn. 169); Vomberg, FPR 2001, 115, 116; wohl auch OLG Karlsruhe, FamRZ 1990, 313, 314.

74 Hohloch, in: FS Sonnenberger, 2004, S. 401, 402.

75 RvdW 1997, 56; die wesentlichen Erwägungen sind abgedruckt bei Boele-Woelki, IPRax 1998, 492 ff.

76 Weniger zurückhaltend aber Boele-Woelki, IPRax 1998, 492, 494 f.

77 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 65.

78 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 62, 65, 70.



## 2. Voraussetzungen der Rechtswahl nach dem HUP 2007

Nur der Vollständigkeit halber sei Art. 7 HUP 2007 genannt, in dem die eben erwähnte Möglichkeit geregelt ist, für ein konkretes Verfahren betreffend einen Unterhaltsanspruch die *lex fori* für anwendbar zu erklären. Angesichts dessen, dass in Fällen des Elternunterhalts ganz überwiegend die Träger der sozialen Sicherung an den Verfahren beteiligt sind, wird die Bestimmung jedenfalls aus deutscher Sicht kaum Relevanz entfalten. Denn es ist nur schwer vorstellbar, dass die öffentliche Hand in Regressfällen, in denen sich der materielle Unterhaltsanspruch wegen des Aufenthalts des Gläubigers in aller Regel auch nach dem jeweiligen „Heimatrecht“ des Sozialleistungsträgers richtet, für die Anwendbarkeit einer ausländischen *lex fori* optiert.

Auf Grundlage des deshalb wohl relevanteren Art. 8 Abs. 1 HUP 2007 können Unterhaltsschuldner und -gläubiger jederzeit eine Vereinbarung treffen, wonach die zwischen ihnen bestehende Unterhaltspflicht entweder nach dem Heimatrecht einer Partei oder nach dem Recht eines Staates zu beurteilen ist, in dem einer der Beteiligten im Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Diese beschränkte Rechtswahl bedarf nach Art. 8 Abs. 2 HUP 2007 der schriftlichen oder elektronischen Form und kann – vor allem mit Blick auf den Elternunterhalt – nach Absatz 3 der Vorschrift nur getroffen werden, wenn der Unterhaltsgläubiger nicht in einem Zustand ist, der ihn am Schutz seiner Interessen hindert. Art. 8 Abs. 4 HUP 2007 bestimmt weiter, dass sich ungeachtet des gewählten Statuts die Zulässigkeit eines Unterhaltsverzichts nach dem Recht bestimmt, in dem der Gläubiger bei der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Schließlich ist das gewählte Recht nach Art. 8 Abs. 5 HUP 2007 nicht anzuwenden, wenn es für eine der Parteien unbillige oder unangemessene Folgen hätte und sie hierüber nicht umfassend unterrichtet und sich der Konsequenzen nicht vollständig bewusst gewesen ist.

## 3. Die „Abwahl“ des Elternunterhalts

### a) Ausgangslage

Diese Ausgangslage führt uns unmittelbar zu der Frage, wie künftig mit der Wahl eines Rechts umzugehen ist, das keinen Elternunterhalt kennt. Die Bedeutung dieser Thematik erwächst dabei freilich erst aus der typischen sozialrechtlichen Implikation des Elternunterhalts. Dies soll der folgende kleine Fall veranschaulichen:

Dänische Eltern erwerben ein Anwesen in Flensburg, siedeln dorthin und vereinbaren später im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge mit den Kindern, dass für etwaige Unterhaltspflichten dänisches Recht maßgeblich sein soll. Einige Jahre danach werden die Eltern pflegebedürftig und der deutsche Sozialhilfeträger tritt für die Pflegekosten in Vorleistung. Als dieser die inzwischen in Kiel und Lübeck lebenden Kinder aus nach § 94 Abs. 1 SGB XII über-

gegangenem Recht in Anspruch nehmen will, stellt sich heraus, dass das dänische Recht eine Unterhaltspflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern gar nicht vorsieht. Soll nun ein Unterhaltsregress zulasten der öffentlichen Hand ausscheiden?

Die Antwort scheint bei der ersten Lektüre bisheriger Judikatur und Kommentarliteratur festzustehen: In der Vereinbarung dänischen Rechts liegt in Wahrheit ein Verzicht auf künftige Unterhaltsansprüche, der nach deutschem Recht gem. § 1614 Abs. 1 BGB unzulässig ist. Diese Norm gehört zum unterhaltsrechtlichen Ordre Public der Bundesrepublik<sup>79</sup>, der sich auch bei grundsätzlicher Anwendung ausländischen – hier: dänischen – Rechts durchsetzt. Dies gilt insbesondere, wenn der Verzicht dazu führt, dass Dritte, namentlich die Träger der sozialen Sicherungen, für den Bedürftigen eintreten müssen.<sup>80</sup> Allerdings muss dieses vordergründige Ergebnis auf den Prüfstand gestellt werden, wobei vor allem das Novum einer völkervertraglichen Erlaubnis der parteiautonomen Bestimmung des Unterhaltsstatuts zu berücksichtigen ist.

#### b) Materieller Verzicht und kollisionsrechtliche Statutenwahl

Zunächst ist aber schon ein Blick in das deutsche Recht richtungweisend. Ein Verstoß gegen § 1614 BGB setzt nämlich einen materiellrechtlichen Verzicht auf den Unterhalt voraus.<sup>81</sup> Eine solche Erklärung liegt jedoch bei einer bloßen Rechtswahlvereinbarung nicht vor, sondern es handelt sich „lediglich“ um eine kollisionsrechtliche Bestimmung des in der Sache anwendbaren Rechts. Dieser neutrale Willensakt der Parteien stellt keinen Verzicht auf einen künftig begründeten Unterhaltsanspruch dar. Vielmehr beinhaltet die Rechtswahl eine vorbehaltlose Anbindung an das gewählte Recht unabhängig von seinem Inhalt. Das wird deutlich, wenn man sich vorstellt, Dänemark würde, etwa zur Entlastung der öffentlichen Kassen, einen Anspruch auf Elternunterhalt einführen; dann bestünde ein Anspruch und damit auch ein Recht, das im Wege des Regresses geltend gemacht werden könnte. Umgekehrt stellte es sicher kein Problem dar, wenn in einer gewählten Rechtsordnung, z.B. als Ergebnis rechtspolitischer Kontroversen, ein ursprünglich bestehender Anspruch auf Elternunterhalt abgeschafft und einem Regressanspruch dadurch der Boden entzogen würde.

Darüber hinaus indiziert auch der Wortlaut des HUP 2007 eine Differenzierung zwischen der Rechtswahl auf der einen und dem Unterhaltsverzicht auf der anderen Seite. Denn es entscheidet – wie bereits angedeutet – nach Art. 8 Abs. 4 HUP 2007 „ungeachtet des von den Parteien bestimmten Rechts“ über die Zulässigkeit eines

79 Vgl. die Nachweise in Fn. 47.

80 OLG Hamm, NJW-RR 1999, 950, 951 = FamRZ 2000, 31, 32 mit Verweis auf BGHZ 86, 82 ff. = NJW 1983, 1851 und BVerfGE 17, 38 = NJW 1963, 1727.

81 OLG Frankfurt, FamRZ 2009, 357, 358; OLG Zweibrücken, FamRZ 2009, 142; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.11.2005 – Az. 16 WF 132/05, Rn. 6; vgl. auch *Born*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2008, § 1614, Rn. 10 (Verzichtsvertrag).

Verzichts das Recht des Staates, in dem der Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dahinter steht offensichtlich die Vorstellung von der Wahl eines Unterhaltsrechts, das einen sodann vereinbarten materiellen Verzicht auf die Ansprüche zulässt<sup>82</sup>; in diesem Fall gilt allein im Hinblick auf diesen Verzicht – und natürlich zum Schutze der öffentlichen Kassen – das Aufenthaltsrecht des Gläubigers. Die Rechtswahl selbst bleibt dagegen unangetastet.

c) Nichtgewährung von Elternunterhalt kein Ordre-Public-Verstoß

Wenn danach ein Unterhaltsverzicht also nicht vorliegt, kann es dahinstehen, ob man § 1614 BGB ganz pauschal zum deutschen Ordre Public zählen darf<sup>83</sup>; denn gegen diese Bestimmung ist mit der Rechtswahl eben nicht verstoßen worden. Allerdings kann man sich die Frage stellen, ob denn die bloße Tatsache, dass in casu kein Elternunterhalt geleistet wird, als solche gegen die hiesige öffentliche Ordnung verstößt. Es ist also zu entscheiden, ob die hierfür anzuwendenden strengen Maßstäbe auch im Hinblick auf den Elternunterhalt erfüllt sind. Zum einen ist dazu stets eine Einzelfallbetrachtung mit dem Blick auf das konkrete Ergebnis der Anwendung des eigentlichen Unterhaltsstatuts geboten.<sup>84</sup> Das ist so zwar nur in Art. 6 Satz 1 EGBGB formuliert, nicht dagegen in Art. 11 Abs. 1 HUÜ 1973 oder Art. 13 HUP 2007; wenn die zuletzt erwähnte Vorschrift jedoch auf die Wirkungen der ausländischen Rechtsanwendung abstellt, ist nichts anderes gemeint als eine Überprüfung der konkreten Folgen des ausländischen Rechts im jeweiligen Fall. Dazu tritt sodann die Voraussetzung, dass nur die offensichtliche Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundsätzen der lex fori das Verdikt der Ordre-Public-Widrigkeit rechtfertigt.<sup>85</sup> Im Hinblick auf das Unterhaltsstatut ist das aus deutscher Sicht bisher vor allem bei Ausschluss nachehelichen Unterhalts ohne Härtefallregelung<sup>86</sup> bzw. zulasten der allein erziehenden Mutter<sup>87</sup> und in Fällen der Unabänderlichkeit eines Unterhaltsanspruchs unabhängig vom Wandel der Umstände<sup>88</sup> erörtert worden. In keinem Fall ging es dabei um Unterhaltsansprüche von Eltern gegen ihre Kinder.

Daher betritt man Neuland mit der Frage, ob die Versagung von Unterhalt zugunsten in Deutschland lebender Eltern nach dem ausländischen Unterhaltsstatut

82 So wohl auch *Andrae* FPR 2008, 196, 198; *Gruber*, FS Spellenberg, 2010, 177, 191 m.w.N.

83 Vgl. die Nachweise in Fn. 47.

84 *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 343; *von Hoffmann/Thorn* (Fn. 45), § 6, Rn. 150.

85 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 382; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 344; *Sonnenberger*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Art. 6 EGBGB, Rn. 78.

86 Dazu BGH FamRZ 1991, 925, 927; OLG Zweibrücken, FamRZ 1997, 1404, 1404 f.; OLG Bremen, IPRax 1998, 366, 367, Rn. 9.

87 OLG Hamm, FamRZ 1999, 1142, 1143; OLG Zweibrücken, NJWE-FER 1999, 228; OLG Karlsruhe, FamRZ 1989, 748, 749.

88 *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 320.

einen Ordre-Public-Verstoß darstellt. Betrachtet man dies zunächst ohne Rücksicht auf die daraus möglicherweise resultierende endgültige Belastung der hiesigen Sozialhilfeträger, kommt man an der rechtspolitischen Debatte über den Elternunterhalt nicht vorbei. Kann nämlich ein Rechtsinstitut, über dessen Berechtigung und Zweckmäßigkeit – und damit eigentlich über dessen Abschaffung – so intensiv diskutiert wird<sup>89</sup>, zu den Grundgedanken, Grundwerten und damit zum Kernbestand der deutschen Rechtsordnung und der ihr innewohnenden Gerechtigkeitsvorstellungen<sup>90</sup> gehören? Oder sollte man nicht eher annehmen, dass die gegenüber ausländischem Recht schützenswerten Grundwertungen in der Sache selbst unbestritten und allgemein anerkannt sein müssten? Bemerkenswerter Weise hat nicht einmal das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2005 eine Lanze für den Elternunterhalt gebrochen, sondern auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und auf die schwache Rechtsposition des Elternunterhalts verwiesen; es hebt sogar besonders hervor, dass sich im Grundgesetz keine ausdrückliche Erwähnung von Unterhaltspflichten der Kinder gegenüber ihren Eltern finden lässt.<sup>91</sup> Das spricht deutlich gegen eine Einordnung des elterlichen Unterhaltsanspruchs bei den essentialia des deutschen Familienrechts.

Diese verfassungsgerichtliche Verortung findet sich im einfachen Recht und in der Judikatur bestätigt. Nach der jüngsten Unterhaltsreform rangiert der Elternunterhalt auf der sechsten von sieben Positionen. Der Gesetzgeber hat damit von seiner grundgesetzlich verbrieften Regelungsfreiheit Gebrauch gemacht und die Reihenfolge der Unterhaltspflichten ausdrücklich festgelegt. Über dieses wohl eher formalistische Argument hinaus ist aber zu beachten, welche Ausgestaltung der Unterhaltsanspruch in der Judikatur erfahren hat: Der dem Pflichtigen zu belassene Selbstbehalt ist im Vergleich zu volljährigen Kindern nochmals um ca. 25% erhöht<sup>92</sup>, und auch dabei handelt es sich noch um einen Mindestselbstbehalt, weil die Einstandspflicht des Kindes nicht zu einer spürbaren und dauerhaften Senkung seines berufs- und einkommenstypischen Lebensniveaus führen darf.<sup>93</sup> Aus diesem Grunde muss auch das über dem Selbstbehalt liegende Einkommen des Pflichtigen

89 Allgemein zur Debatte um den Elternunterhalt *Brudermüller*, in: FS Henrich, 2000, 31, 35 ff.; *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 ff.

90 So die üblichen Anforderungen an die zum *Ordre Public* zählenden Regelungen, vgl. nur BGH NJW 2009, 1215, 1216; BGH NJW 1990, 3210, 3211; OLG Düsseldorf, ZEV 2009, 190, 191; OLG Schleswig-Holstein, FamRZ 2008, 1104, 1105 ff.; OLG Köln, BeckRS 2003 08406; OLG Braunschweig, NJW-RR 1989, 1097; *Blumenwitz*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb. 2003, Art. 6 EGBGB, Rn. 150; *Horn*, SchiedsVZ 2008, 209, 210; *Lorenz*, in: *Bamberger/Roth*, BeckOK EGBGB, 18. Ed., Art. 6 EGBGB, Rn. 13.

91 BVerfG NJW 2005, 1927, 1929 ff. = FamRZ 2005, 1051, 1054; dazu mit Anmerkungen *Klinkhammer*, FamRZ 2005, S. 1055; *Graba*, FamRZ 2005, 1149.

92 Für eine Erhöhung des Selbstbehalts schon BGH NJW 1992, 1393, 1394; siehe auch BGH NJW 2006, 3344, 3345 f.

93 So zuletzt BGH NJW 2010, 1188 f.; BGH NJW 2003, 128, 130; BGH NJW 2003, 2306, 2308; BGH NJW 2006, 3344, 3345; dazu auch *Ehinger*, NJW 2008, 2465, 2467.

nur zu 50% eingesetzt werden.<sup>94</sup> Schließlich gelten im Rahmen des Elternunterhalts großzügige Vorgaben in Bezug auf die Ausgaben des Unterhaltsverpflichteten zu seiner eigenen Altersversorgung und den Schutz des so genannten Schonvermögens.<sup>95</sup> Diese Eckpfeiler mögen als Beleg dafür genügen, dass auch die Rechtsprechung von einer schwachen Stellung des Elternunterhalts ausgeht und ihm entsprechende Konturen verleiht. In der Folge verringert sich naturgemäß der Anteil derjenigen Kinder, die unter den spezifischen Voraussetzungen des Aszendentenunterhalts überhaupt noch leistungsfähig und damit zahlungspflichtig sind.<sup>96</sup> Hieran sind die Sozialleistungsträger auch mit ihren Regressansprüchen gebunden. Im Übrigen entspricht dieser zivilrechtlichen Wertung für eine weitgehende Schonung der Nachkommen auch eine sozialrechtliche Grundentscheidung: Die Träger der Sozialhilfe nehmen im Bereich der Grundsicherung im Alter ohnehin nur diejenigen Unterhaltspflichtigen in Regress, die über ein Mindesteinkommen von jährlich 100.000 € verfügen (§ 43 Abs. 2 SGB XII). Auch vor diesem rechtstatsächlichen Hintergrund überzeugt es nicht, den Elternunterhalt auf den Sockel des deutschen Ordre Public zu heben und mit seiner Hilfe die Anwendung eines privatautonom bestimmten ausländischen Rechts zu torpedieren, nur weil es die Gewährung von Elternunterhalt nicht vorsieht. Wenn eine Rechtsordnung den Unterhalt sowohl im Rang als auch in seiner Berechnung derartig schwach ausgestaltet, wird man schwerlich eine Ordre-Public-Widrigkeit annehmen können, wenn der Unterhaltstatbestand nach ausländischem Recht gar nicht existiert.

Nach diesem Blick auf den Status des Elternunterhalts im deutschen Recht, der eine Grundwertung oder ein tragendes Prinzip eben nicht erkennen lässt, sei schließlich noch ein kollisionsrechtliches Argument ins Treffen geführt: Bereits zum HUÜ 1973 wurde festgestellt, dass es keinen Fall für die Ordre-Public-Klausel darstellt, wenn das zur Anwendung berufene Unterhaltsstatut den begehrten Unterhaltsanspruch nicht zur Verfügung stellt; vielmehr wird für diesen Fall durch verschiedene Hilfs- und Ersatzanknüpfungen Sorge getragen.<sup>97</sup> Nichts anderes kann für das HUP 2007 gelten, das – wenn auch mit vertauschten Präferenzen – ja demselben Prinzip folgt, zusätzlich zur objektiven Anknüpfung des Unterhaltstatuts nun aber auch die Möglichkeit der Rechtswahl bereitstellt. Wenn jedoch bereits die objektiven Verweisungen zu einem für den Anspruchsteller negativen Ergebnis führen können und dies als solches nicht über den Ordre Public korrigiert wird, überzeugt es nicht, für die viel stärker – nämlich durch Ausübung von Parteiautonomie – legitimierte subjektive Anknüpfung eine andere Sichtweise einzunehmen. Zwar ist zuzugeben, dass bei einer „schlechten“ Rechtswahl keine „Rettungswege“ in Gestalt subsidiärer Anknüpfungen zur Verfügung stehen. Dies ist jedoch der Preis eben jener freiwilli-

94 Auch BGH NJW 2003, 128, 131 m.w.N.; BGH NJW 2003, 2306; BGH NJW 2006, 3344, 3345 f.; dazu auch *Ehinger*, NJW 2008, 2465, 2467.

95 BGH NJW 2010, 1188 f.; *Hauß* (Fn. 24), S. 83 ff., S. 159 ff. m.w.N.; *Schäfer*, Die Unterhaltspflicht erwachsener Kinder gegenüber ihren Eltern, 2007, S. 197 ff.

96 *Ehinger*, NJW 2008, 2465, 2471, nimmt einen Anteil von max. 10% der Erwerbstätigen an.

97 Siehe oben S. 41 f.

gen Entscheidung, die zudem für die Zukunft natürlich stets einvernehmlich geändert werden kann. Nur mit dieser Sichtweise lassen sich auch der Ausnahmecharakter des Ordre-Public-Vorbehalts und das grundsätzliche Prinzip aufrechterhalten, dass allein die Abweichung des ausländischen Unterhaltsstatuts von der (deutschen) lex fori und ihren Regelungen keinen Anlass bildet, inländisches Recht in Stellung zu bringen.<sup>98</sup>

d) Kein Ordre-Public-Verstoß allein wegen einer Belastung der öffentlichen Kassen

Weil (internationale) Streitigkeiten zum Elternunterhalt vor allem auf Betreiben der Sozialleistungsträger vor die Gerichte getragen werden, drängt sich eine weitere Frage auf: Stellt die Nichtgewährung von Elternunterhalt nicht schon deshalb einen Verstoß gegen den Ordre Public dar, weil sie letztlich zu einer Einstandspflicht der inländischen öffentlichen Hand führt? In diesem Sinne kann eine Entscheidung des OLG Hamm verstanden werden, das – allerdings im Falle eines materiellen Verzichts auf nachehelichen Unterhalt nach objektiv anwendbarem türkischem Recht – die Freistellung eines leistungsfähigen Unterhaltsschuldners zulasten Dritter, in casu nämlich des Sozialhilfeträgers, als Widerspruch zu den inländischen Grundwertungen und Gerechtigkeitsvorstellungen angesehen hat.<sup>99</sup>

Jedoch überzeugt dieser Gedanke aus verschiedenen Gründen nicht: Zunächst handelt es sich nicht um den Verzicht auf einen eigentlich bestehenden Unterhaltsanspruch.<sup>100</sup> Denn niemand ist zulasten der öffentlichen Haushalte aus seiner Unterhaltspflicht entlassen worden; vielmehr hat eine solche gar nicht erst bestanden. Des Weiteren kann eine materielle Vereinbarung mit der Folge einer (bloß) faktischen Belastung der öffentlichen Hand nicht als unzulässiger Vertrag zulasten Dritter im rechtlichen Sinne gewertet werden. Dies hat der BGH in einem Fall, der auch den Elternunterhalt betraf, vor kurzem nochmals klargestellt<sup>101</sup> und nichts anderes kann für eine Rechtswahlvereinbarung gelten. Vor allem aber stellt allein die Belastung der öffentlichen Haushalte an sich keinen Grund für die Annahme eines Ordre-Public-Verstoßes dar. Es handelt sich dabei nämlich um ein fiskalisches Problem, das zwar mit der Nichtgewährung von Unterhalt eng verwoben ist, jedoch nicht mit dessen Beurteilung verbunden werden darf.<sup>102</sup> Denn auch die Versagung von Unterhalt nach deutschem Recht führt häufig zur Einstandspflicht der Sozialleistungsträ-

98 Dazu BGH NJW 1991, 2212, 2213 f. = FamRZ 1991, 925; OLG Hamm, FamRZ 1999, 1142 f.; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1997, 1367 = FamRZ 1997, 1404; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 1346, 1374 = FamRZ 1989, 748; OLG Frankfurt, FamRZ 1981, 1191 f.; *Siehr*, in: MünchKommBGB (Fn. 27), Anh. I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 344.

99 OLG Hamm, NJW-RR 1999, 950, 951 = FamRZ 2000, 31.

100 Dazu oben S. 53 f.

101 BGH NJW 2009, 1346; so schon BGH NJW-RR 2003, 577, 578 = FamRZ 2004, 690; anders noch BGH NJW 2002, 440 = FamRZ 2002, 1178.

102 *Mankowski*, in: *Staudinger* (Fn. 36), Anhang I zu Art. 18 EGBGB, Rn. 386 m.w.N.

ger<sup>103</sup>, dasselbe gilt – wie beschrieben – in den Fällen des Elternunterhalts, der inzwischen nur noch unter sehr restriktiven Voraussetzungen geschuldet wird. Und schließlich ist auch hier die Korrelation mit dem internationalen Recht zu beachten. Wenn die bloße Nichtgewährung von Unterhalt als solche nicht über den Ordre-Public-Vorbehalt korrigiert werden kann, darf dieses Ergebnis auch nicht „durch die Hintertür“ erreicht werden, indem man sich auf die Einstandspflicht der öffentlichen Hand bezieht. Denn die Einstandspflicht öffentlicher Kassen ist die Regel, wenn Unterhaltsansprüche – mit oder ohne Rechtswahl – nicht bestehen.

e) Ausreichender Schutz durch Art. 8 HUP

Über die bisher erwähnten Aspekte hinaus spricht jedoch vor allem die konkrete Ausgestaltung der Rechtswahlmöglichkeiten in Art. 8 HUP 2007 gegen eine nachträgliche Ergebniskorrektur über den Ordre-Public-Vorbehalt. Zum Ersten ist nämlich zu berücksichtigen, dass nicht jede beliebige Rechtsordnung gewählt werden kann, sondern nur eine solche mit einem qualitativen Bezug zur jeweiligen Unterhaltsbeziehung. Im Hinblick auf den Elternunterhalt ist dies – wie erwähnt – das Heimatrecht eines der Beteiligten oder das Recht des Staates, in dem eine Partei zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Damit ist die Wahlmöglichkeit gewissermaßen auf „nachvollziehbare“ Rechtsordnungen beschränkt. Eine solche Beschränkung auf bestimmte Sachrechte, deren Anwendung man im konkreten Fall für „vernünftig“ hält, gebietet zugleich aber auch die vorbehaltlose Akzeptanz des daraus folgenden Rechtsanwendungsergebnisses. Die Rechtswahl bräuhnte nämlich nicht von vornherein kanalisiert werden, wenn die den Parteien damit in die Hand gegebene Autonomie unter demselben Vorbehalt stünde, wie die mehr oder weniger zufällige objektive Anknüpfung nach den Art. 3–6 HUP 2007. Auch die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit betreffend das materiellrechtliche Ergebnis, die eine Rechtswahl darüber hinaus gewährleisten soll<sup>104</sup>, wäre dann nicht mehr zu erreichen.

Zum Zweiten sind die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Wahl von Bedeutung. Die Formvorschrift des Art. 8 Abs. 2 HUP 2007 hat sicher zuvörderst eine Nachweisfunktion, weil die Möglichkeit der späteren Einsichtnahme besonders betont wird. Gleichwohl hat und erfüllt sie auch die übliche Aufgabe des Übereilungsschutzes, damit die Parteien sich gut überlegen können, worauf sie sich einlassen.<sup>105</sup> Wo eine Partei aufgrund ihres gesundheitlichen Zustandes oder ihrer persönlichen Lage nicht imstande ist, ihre Interessen zu schützen, kommt – drittens – eine Rechtswahl nach Art. 8 Abs. 3 HUP 2007 nicht in Betracht. Es ist nicht ganz eindeu-

103 So zu Recht OLG Bremen, IPRax 1998, 366, 367.

104 Nochmals Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 70

105 Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 75; allgemein zur Aufgabe von Formvorschriften *Einsele*, in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2006, § 126, BGB Rn. 1; *Hertel*, in: *Staudinger*, BGB, 13. Bearb. 2004, § 127 BGB, Rn. 66 ff.

tig, ob die Norm auch eingreift, wenn die Beeinträchtigungen erst nach der Rechtswahl eintreten; die Formulierung der Bestimmung, wonach Absatz 1, in dem es ja um die Rechtswahl als solche geht, unter den erwähnten Bedingungen keine Anwendung findet, spricht eher dafür, die in unbeeinträchtigtem Zustand getroffene Wahl unberührt zu lassen.

Dieser Schutz steht – zum Dritten – in Verbindung mit Art. 8 Abs. 5 HUP 2007, wonach offensichtlich unbillige oder unangemessene Ergebnisse der Rechtswahl nur akzeptiert werden, wenn die betroffene Partei ihre Wahl umfassend unterrichtet und im Bewusstsein der späteren Folgen getroffen hat. Im Explanatory Report wird dieses Erfordernis ausdrücklich damit begründet, dass die Rechtswahl für Gläubiger auch den vollständigen Entzug des Unterhalts oder aber dessen erhebliche Beschränkung zur Folge haben kann.<sup>106</sup> Die Vorschrift zeigt deutlich, dass der Ordre-Public-Schutz im Falle der Rechtswahl nicht auf eine nachträgliche Kontrolle angelegt ist, sondern präventiv in die Wirksamkeitsvoraussetzungen der Wahl implementiert ist. Insbesondere das Abstellen auf die offensichtliche Unbilligkeit dokumentiert die Funktionsgleichheit von Art. 8 Abs. 5 und der allgemeinen Ordre-Public-Klausel des Art. 13 HUP 2007, die einen offensichtlichen Widerspruch zur öffentlichen Ordnung des Forumstaates verlangt. Damit bleibt für eine Anwendung des allgemeinen Ordre-Public-Vorbehalts im Falle der Rechtswahl nach dem Prinzip *lex specialis derogat legi generali* kein Raum; vielmehr entfaltet er seine Bedeutung lediglich im Bereich der objektiven Anknüpfung. Zwar schützt Art. 8 Abs. 5 HUP 2007 seinem Wortlaut nach nur die Parteien der Unterhaltsbeziehung und damit im Übrigen auch den Schuldner. Die öffentlichen Kassen im Aufenthaltsstaat des Unterhaltsgläubigers werden demgegenüber nicht erwähnt. Sie sind jedoch, wie gezeigt<sup>107</sup>, als solche bei der Anwendung der Ordre-Public-Klausel außer Betracht zu lassen.

Dennoch übersieht – fünftens – das HUP 2007 nicht die Notwendigkeit, die Sozialleistungsträger des Staates zu schützen, in dem sich der Unterhaltsgläubiger gewöhnlich aufhält. Denn Art. 8 Abs. 4 lässt über die Zulässigkeit eines Unterhaltsverzichts das Recht eben jenes Staates entscheiden und sichert so eine Korrelation von sozialer Sicherung auf der einen und Zulässigkeit von Unterhaltsverzicht auf der anderen Seite. Diese Bestimmung aber meint eben nur den materiellrechtlichen Verzicht und nicht auch die kollisionsrechtliche Rechtswahl. Zwar kann diese – wie das eingangs erwähnte Beispiel zeigt – zu denselben Resultaten führen. Hätten die Väter und Mütter des HUP 2007 aber auch hier eine diesbezügliche Regelung für erforderlich gehalten, wäre es ein Leichtes gewesen, diese in das Protokoll aufzunehmen. Die nunmehr verbindlich gewordene Ausgestaltung der Rechtswahlvorschriften mit unterschiedlichen Vorgaben für dieselben Risiken lässt bei einer systematischen Betrachtung nur den Schluss zu, dass für den nicht geregelten Fall der Rechtswahl ein Vorbehalt für das Recht des Aufenthaltsstaates eben nicht bestehen sollte und deshalb auch nicht via Ordre Public bewirkt werden kann. Auch diese

<sup>106</sup> Explanatory Report (Fn. 28), Rn. 76.

<sup>107</sup> Siehe oben S. 57 f.



Zusammenhänge zeigen nochmals, dass ein Fehlen von Unterhaltsansprüchen allein wegen des objektiven Inhalts des anwendbaren Rechts für die Vertragsstaaten des HUP 2007 hinzunehmen ist. Das gilt für die objektive Anknüpfung ebenso wie für die Rechtswahl.

### A. „Wie hältst Du's mit dem Elternunterhalt?“

Nach diesem Blick in die kollisionsrechtliche Zukunft des Unterhaltsrechts wollen wir uns nun – in der gebotenen Kürze – einigen rechtsvergleichenden Betrachtungen zuwenden. Dabei kann man mit gutem Grund die gewissermaßen unterhaltsspezifische Gretchenfrage stellen: „Wie hältst Du's mit dem Elternunterhalt?“ Denn anders, als die Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern und zwischen Ehegatten, sind Unterhaltsansprüche der Eltern gegenüber ihren Kindern nicht in derselben Weise international anerkannt und gewährleistet. Namentlich für Dänemark, Schweden, England, Wales, Irland oder Schottland lässt sich konstatieren, dass in diesen Privatrechtsordnungen ein Aszendentenunterhalt nicht vorgesehen ist.<sup>108</sup> Dabei fällt auf, dass im Gegenzug auch die Unterhaltsverpflichtungen der Eltern gegenüber ihren Kindern beschränkt sind, zumeist auf das Erreichen des 18. Lebensjahres bzw. den Abschluss einer ersten beruflichen Ausbildung. Offenbar steht dahinter eine starke Betonung des Selbstverantwortungsgedankens, der ja auch dort, wo Elternunterhalt rechtlich vorgesehen ist, als Argument für Restriktionen oder auch die Abschaffung des Elternunterhalts ins Feld geführt wird: Erwachsene Menschen, gleichviel ob es sich um Eltern oder eben um volljährige Kinder handelt, sind danach für ihre individuelle Lebensgestaltung selbst verantwortlich und können im Fall des Versagens oder Scheiterns nicht auf ihre Verwandtschaft in auf- oder absteigender Linie zurückgreifen.<sup>109</sup> Auch Norwegen und verschiedene Bundesstaaten der USA kennen keine Unterhaltsverpflichtung der Kinder gegenüber ihren Eltern, während in anderen US-Bundesstaaten solche Bestimmungen zwar existieren, allerdings keine praktische Relevanz entfalten.<sup>110</sup>

Demgegenüber existieren in der überwiegenden Mehrzahl der europäischen Rechtsordnungen gesetzlich verankerte Ansprüche auf Elternunterhalt. Dies ist vor dem Hintergrund der maßgeblichen rechtshistorischen Entwicklung auch folgerichtig. Denn im römischen und kanonischen Recht waren Unterhaltspflichten der Kinder im Hinblick auf ihre Eltern unbestritten, weil den Eltern für die von ihnen erbrachten Leistungen Dankbarkeit, Anerkennung und Respekt geschuldet waren, die sich ganz praktisch eben in einer unterhaltsrechtlichen Beistandspflicht niederschlugen; im Übrigen spielte hierfür auch die künftige Erbenstellung der Kinder eine

108 Einen kursorischen rechtsvergleichenden Überblick bietet *Hauß* (Fn. 24), S. 274 ff. (Rn. 742 ff.)

109 So *Koller*, in: BK-ZGB, 3. Aufl. 2006, Art. 328/329 N. 5a; *ders.*, FamPra 2007, 765, 776 f.

110 *Frank*, FamRZ 2009, 649, 652 m.w.N.

Rolle, sodass die Abkömmlinge noch vor ihren – wenn überhaupt noch lebenden – Großeltern in die Pflicht genommen wurden.<sup>111</sup>

Trotz der grundsätzlichen Akzeptanz des Elternunterhalts in den meisten europäischen Rechtsordnungen bestehen gleichwohl graduelle bis essentielle Unterschiede in dessen konkreter Ausgestaltung. So begründet etwa der französische Code Civil eine recht rigide Haftung der Kinder, die ihnen kein Schonvermögen belässt, gleichwohl aber die Verwendung ihrer Einkünfte nach Entstehung der Unterhaltspflicht erheblichen Einschränkungen unterwirft.<sup>112</sup> Der italienische Codice Civile zieht den Kreis der unterhaltsverpflichteten Personen sehr weit und statuiert einen Unterhaltsanspruch z.B. auch gegenüber Schwiegerkindern; dafür steht dem Berechtigten lediglich das zu, was zum Leben unbedingt notwendig ist; außerdem ist der weite Kreis der denkbaren Unterhaltsschuldner vor einem Regress durch Sozialleistungsträger geschützt, weil der Unterhaltsanspruch höchstpersönlicher Natur und deshalb nicht übertragbar ist. Ein Schutz entfernter oder angeheirateter Verwandter wird außerdem dadurch bewirkt, dass die Unterhaltspflichtigen in verschiedene Rangklassen unterteilt sind und die Mitglieder einer nachrangigen Gruppe erst in Anspruch genommen werden können, wenn die Angehörigen der vorangehenden Klasse nicht leistungsfähig sind oder ganz fehlen. Im Übrigen rangieren hier die Kinder des Bedürftigen – ganz nach römisch-rechtlichem Vorbild – vor dessen Eltern.<sup>113</sup> Abschließend sei ein Ausflug in das niederländische Recht unternommen: Hier besteht eine interessante Besonderheit im Hinblick auf die Regressmöglichkeiten des Unterstützung leistenden Sozialhilfeträgers. Dieser kann nämlich für seine Zuwendungen insbesondere bei den volljährigen Kindern des Bedürftigen keinen Rückgriff nehmen; dasselbe gilt korrespondierend für die Eltern volljähriger Unterhaltsgläubiger.<sup>114</sup> Diese Unterscheidung zwischen zivilrechtlicher Unterhaltspflicht auf der einen und sozialrechtlicher Regresspflicht auf der anderen Seite, die in den Niederlanden das Ergebnis eines Ausbaus des Sozialstaates und einer Verschiebung von der Familien- zur Staatsfürsorge ist, führt im Ergebnis dazu, dass Kinder ihren Eltern nur dann Unterhalt leisten müssen, wenn sie auch direkt von diesen in Anspruch genommen werden. Schon wegen der dadurch erst begründeten Unterhaltslast dürfte dies kaum einmal der Fall sein.

111 Koch, Unterhaltspflichten in rechtshistorischer Sicht, in: Schwab/Henrich, (Fn. 2), S. 9, 19 f.

112 Hauß (Fn. 24), S. 276, Rn. 747.

113 Zum Ganzen Gabrielli, Die Unterhaltspflicht im italienischen Recht, in: Schwab/Henrich (Fn. 2), S. 105, 109 ff., 114 ff., 123 f.; Hauß (Fn. 24), S. 276 f., Rn. 751 f.

114 Broomhaar, Familiäre Solidarität in den Niederlanden, in: Schwab/Henrich (Fn. 2), S. 129, 131 f.

## B. Nicht nur ein Steuerparadies: Elternunterhalt in der Schweiz

### I. Grundzüge der Verwandtenunterstützungspflicht

#### 1. Privates und öffentliches Unterhaltsrecht

Zu den europäischen Staaten, die grundsätzlich eine finanzielle Beistandspflicht der Kinder für ihre in Not geratenen Eltern vorsehen, zählt auch die Schweiz. Bei dieser Einstandspflicht handelt es sich formaljuristisch jedoch nicht um eine Unterhaltspflicht, da Unterhalt nur im Verhältnis der Eltern zu ihren Kindern (Art. 276 ff. ZGB) und zwischen Ehegatten (Art. 159 Abs. 2, 163 ZGB) geschuldet wird. Hier- von ist die Verwandtenunterstützungspflicht nach den Art. 328 bis 330 ZGB zu unterscheiden; in der Sache handelt es sich dabei freilich um nichts anderes als den in den §§ 1601 ff. BGB geregelten Verwandtenunterhalt nach deutschem Recht. Dies zeigt ein erster Blick auf die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Unterstüt- zungspflicht: Nach Art. 328 Abs. 1 ZGB ist derjenige, der in günstigen Verhältnis- sen lebt, verpflichtet, Verwandte in auf- und absteigender Linie zu unterstützen, die ohne diesen Beistand in Not geraten würden. Nach Art. 329 Abs. 1 ZGB ist der Unterstützungsanspruch auf Leistungen gerichtet, die zum Lebensunterhalt des Be- dürftigen erforderlich und den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen sind. Die Parallele zum deutschen Recht, das mit den Begriffen Bedürftigkeit (§ 1602 BGB) auf der einen und Leistungsfähigkeit auf der anderen Seite (§ 1603 BGB) die Vo- raussetzungen und Grenzen des verwandtschaftlichen Unterhaltsanspruchs um- schreibt, ist unverkennbar. Interessanterweise normiert Art. 329 Abs. 1 ZGB auch ausdrücklich und direkt den Zusammenhang zwischen Unterhaltspflicht und Erbbe- rechtigung, der sich im deutschen Recht nur aus einer Gesamtschau der §§ 1606, 1924 ff. BGB ergibt.

Ähnlich wie hierzulande gibt es neben der privatrechtlich geregelten Unterstüt- zungspflicht für Personen in Notlagen aber auch eine öffentlich-rechtlich begründete Hilfsverpflichtung des Staates. Diese ist *expressis verbis* in Art. 12 der Schweizeri- schen Bundesverfassung verankert, wonach Menschen, die in Not geraten sind und nicht mehr für sich sorgen können, Anspruch auf Hilfe und Betreuung sowie auf diejenigen Mittel haben, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.<sup>115</sup> Die Regelungskompetenz der Einzelheiten der Sozialhilfe liegt dabei jedoch – an- ders als in Deutschland – nicht beim Bund, sondern bei den einzelnen Kantonen, die

<sup>115</sup> Zur privat- und öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung des Unterhaltsrechts „im weiteren Sin- ne“ vgl. *Koller*, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329 Rn. 1; *Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, ■13. ■Aufl. 2009, § 46, Rn. 1.

ihrerseits die Materie in die Hände der Gemeinden legen können. So konnte z.B. die Stadt Zürich Ende Mai 2009 festlegen, dass der erstmalige Antrag von arbeitsfähigen Personen auf Gewährung von Sozialhilfe erst dann endgültig bewilligt wird, wenn sie ein vierwöchiges Beschäftigungsprogramm absolviert haben. Ohne auf Einzelheiten einzugehen, seien im Hinblick auf die hier interessierende Hilfsbedürftigkeit älterer Menschen die allgemeine und die besondere Sozialhilfe erwähnt. Erstere sichert nach § 15 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Zürich (SHG-ZH) das soziale Existenzminimum unter Berücksichtigung der individuellen Bedürfnisse des Antragstellers. Sie füllt damit die Funktion aus, die in Deutschland der Grundsicherung im Alter nach §§ 41 ff. SGB XII zugewiesen ist. Die besondere Sozialhilfe nach § 15 Abs. 2 des SHG-ZH greift dann ein, wenn ärztliche oder therapeutische Behandlungen oder Pflegemaßnahmen notwendig werden, für deren Kosten die betroffene Person aus eigenen Mitteln nicht aufkommen kann. Damit bildet die besondere Sozialhilfe unter anderem das Äquivalent zur deutschen Hilfe zur Pflege nach den §§ 61 ff. SGB XII. Beide Formen greifen nach § 14 SHG-ZH dann ein, wenn die betroffene Person ihren Lebensunterhalt und den ihrer Familie nicht rechtzeitig aus eigenen Mitteln bestreiten kann.<sup>116</sup> Die Konkretisierung des Leistungsbedarfs erfolgt aufgrund der Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS)<sup>117</sup>, die im Kanton Zürich etwa durch § 14 Abs. 1 der Verordnung zum Sozialhilfegesetz (SHV) für maßgeblich erklärt werden. Danach sind exklusive Wohnkosten und medizinischer Grundversorgung für einen 1-Personen-Haushalt 960 CHF, für einen 2-Personen-Haushalt 1.469 CHF und für einen 3-Personen-Haushalt 1.786 CHF empfohlen (B.2.2.).

In der Regelungsbefugnis der Kantone liegt es darüber hinaus vor allem, in welchem Verhältnis die Sozialhilfe zur bundesrechtlich verankerten Verwandtenunterstützungspflicht nach dem ZGB steht. Soweit ersichtlich, gehen alle kantonalen Sozialhilfegesetze von einem Nachrang der Sozialleistungen gegenüber der Verwandtenunterstützung aus.<sup>118</sup> Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass – wie auch in Deutschland – die Subsidiarität ein tragendes Prinzip des schweizerischen Sozialhilferechts ist.<sup>119</sup> Diesem Nachrang der Sozialhilfe entspricht es, dass nach Art. 289 Abs. 2 i.V.m. Art. 329 Abs. 3 ZGB der Anspruch auf Verwandtenunterstützung im Wege der *cessio legis* auf den Sozialhilfeträger übergeht, sofern dieser Leistungen an die unterstützungsbedürftige Person erbringt. Trotz dieser bundesgesetzlichen Regelung steht es aber wieder im Ermessen der Kantone festzulegen, ob und wann dieser übergegangene Anspruch gegen etwaige Unterstützungspflichten

116 Zu diesen Aspekten des Sozialhilferechts in der Schweiz *Widmer*, *successio* 2008, 168, 170; *Hänzi*, in: *Häfeli*, Das Schweizerische Sozialhilferecht, 2008, S. 91 ff., verwendet die Terminologie "generelle und individuelle Sozialhilfe".

117 <http://www.skos.ch>.

118 So etwa § 25 SHG-ZH; eine Übersicht über die kantonalen Regelungen gibt *Widmer*, Verhältnis der Verwandtenunterstützung zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis, 2001, S. 114 ff.

119 *Häfeli*, in: *ders.* (Fn. 116), S. 73 ff.; *Rüegg*, in: *Häfeli* (Fn. 116), S. 46 f.; *Widmer*, Höhere Grenzwerte der Verwandtenunterstützung in der Sozialhilfe, in: *Jusletter* 18.5.2009, S. 3; *dies.*, *successio* 2008, 168, 169.

ge geltend gemacht wird; die SKOS-Richtlinien empfehlen unter F.1 die grundsätzliche Geltendmachung aller zulässigen finanziellen Ansprüche gegenüber Dritten. Zur Subsidiarität des Sozialhilfeanspruchs gehört es im Übrigen, dass der öffentliche Leistungsträger – im Kanton Zürich also die politischen Gemeinden – wenn möglich vor der Leistungsgewährung an unterstützungspflichtige Verwandte herantritt; die Notwendigkeit, Sozialhilfe in der jeweiligen Notsituation rechtzeitig zu gewährleisten, führt jedoch praktisch in der Regel zu einer Priorität und nicht Subsidiarität der Sozialhilfe.<sup>120</sup>

## 2. Notbedarf und „günstige Verhältnisse“ im Überblick

Die Anwendungsprobleme der Art. 328 ff. ZGB sind im Kern dieselben wie diejenigen der §§ 1601 ff. BGB. Verhältnismäßig einfach lässt sich noch die Frage beantworten, wann eine Notlage des Betroffenen vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn er sich das zu seinem Lebensunterhalt Notwendige nicht mehr aus eigener Kraft verschaffen kann.<sup>121</sup> Diese Definition ähnelt sehr der Formulierung in § 1602 Abs. 1 BGB. Die Untergrenze des Notbedarfs ist das so genannte betriebsrechtliche Minimum; das, was sogar das Vollstreckungsrecht, das ja vor allem den Interessen der Gläubiger Rechnung tragen soll, einem Schuldner belässt, entspricht in jedem Fall und unabhängig von den individuellen Bedürfnissen des Anspruchstellers dem, was zum Leben notwendig ist. Demgegenüber endet die familienrechtliche Unterstützungspflicht dann, wenn dem Bedürftigen das so genannte sozialhilferechtliche Existenzminimum zur Verfügung steht, das sich nach den erwähnten SKOS-Richtlinien<sup>122</sup> bestimmt. Ohne ins Detail zu gehen, lässt sich festhalten, dass ein Anspruch auf Sozialhilfe besteht, wenn Einkünfte und Vermögen – soweit es einzusetzen ist – den Grundbedarf für den Lebensunterhalt, aber auch Krankheits- und Pflegekosten nicht decken (A.6 der SKOS-Richtlinien). Damit sind die für den Bereich des Elternunterhalts so typischen Szenarien erfasst, in denen sozialversicherungsrechtliche Leistungen im Alter für den Lebensbedarf nicht ausreichen, weil sie aufgrund von niedrigen Löhnen oder Lücken in der Erwerbsbiografie zu gering ausfallen oder weil ihnen exorbitante Pflegekosten gegenüberstehen.<sup>123</sup> Natürlich entfalten die SKOS-Richtlinien keine unmittelbare rechtliche Bedeutung für den Notbedarf im familienrechtlichen Sinne, weil sie eben nur für die Leistungsgewährung durch den Sozialhilfeträger maßgeblich sind; dennoch hat das Bundesgericht unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung entschieden, dass Verwandte aufgrund

120 Dazu *Widmer*, Höhere Grenzwerte der Verwandtenunterstützung in der Sozialhilfe, in: *Jusletter* 18.5.2009, S. 3, 5; *dies.*, *successio* 2008, 168, 170 f.; vgl. auch F.2 der SKOS-Richtlinien.

121 BGE 121 III 441, 442; 106 II 287, 292.

122 Siehe oben Fn. 117.

123 Umgekehrt besteht keine Unterstützungspflicht, wo ausreichende Sozialversicherungsleistungen zur Verfügung stehen, weil in diesem Fall eben keine Notlage besteht, vgl. BGE 133 III 507, 509; *Koller*, *FamPra.ch* 2007, 769, 772.

der Art. 328 ff. ZGB nicht stärker in Anspruch genommen werden dürfen als das zuständige Gemeinwesen auf Basis des jeweiligen Sozialrechts.<sup>124</sup>

Bei weitem interessanter ist – wie auch in der deutschen Rechtspraxis – die Frage, wann ein grundsätzlich unterstützungspflichtiges Familienmitglied dergestalt in günstigen Verhältnissen lebt, dass es auch tatsächlich in Anspruch genommen werden kann. Der ausländische Betrachter erhält beim Studium von Judikatur und Literatur zu diesem Tatbestandsmerkmal eine interessante Lektion zum schweizerischen Selbstverständnis. Günstige Verhältnisse herrschen nämlich nur für den, der im Wohlstand lebt.<sup>125</sup> Eine Leistungspflicht der Verwandten kommt danach nur in Betracht, wenn sie keine wesentliche Beeinträchtigung der wohlhabenden Lebensführung nach sich zieht.<sup>126</sup> Es bleibt, wie so oft in komplexen Sachverhalten, von den Umständen des Einzelfalls abhängig, wann diese Grenze erreicht ist. Nach der letzten Revision der Verwandtenunterstützungspflicht im Jahre 1998 gab es jedenfalls keine Entscheide, die einen Unterstützungsanspruch von Eltern gegenüber ihren Kindern betrafen.

Jedoch ist diese Gesetzesänderung, die als Annex mit einer Reform des Scheidungsrechts einherging, in allgemeiner Hinsicht von Bedeutung. Denn mit ihr wurde die Unterstützungspflicht unter Geschwistern abgeschafft, die zuvor existierte, aber unter dem Vorbehalt günstiger Verhältnisse bei dem in Anspruch genommenen Geschwisterkind stand. Dieser Vorbehalt wurde dann jedoch für alle Unterstützungspflichtigen eingeführt, für die er zuvor nicht gegolten hatte. Dies lässt alles in allem den Schluss zu, dass der Gesetzgeber zwar der nicht selten erhobenen Forderung nach Abschaffung der Verwandtenunterstützungspflicht nicht nachkommen, gleichwohl aber ein Zeichen für ihre restriktive Handhabung in der Praxis setzen wollte. Dieses Signal greifen seit Dezember 2008 offensichtlich auch die aktuellen SKOS-Richtlinien auf, wenn sie den Sozialhilfeträgern vorschlagen, Beitragspflichten nur noch bei solchen Verwandten zu prüfen, die nach den Angaben der Steuerbehörden überdurchschnittliche Einkommen beziehungsweise Vermögen aufweisen. Im Hinblick auf das Einkommen gelten danach Freibeträge von jährlich 120.000 CHF für Alleinstehende und von 180.000 CHF für Verheiratete, wobei für jedes minderjährige oder auszubildende Kind 20.000 CHF jährlich hinzuaddiert werden. Bezüglich des steuerbaren Vermögens gilt für Alleinstehende ein Freibetrag von 250.000 CHF, für Verheiratete von 500.000 CHF, jeweils zuzüglich 40.000 CHF für jedes Kind. Auch hier sind diese Vorgaben zuerst Ermessensleitlinien für die Träger der Sozialhilfe und können deshalb nicht das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Anspruchs aus Art. 328 ZGB determinieren.<sup>127</sup> Allerdings hat das Bundesgericht die

124 BGE 132 III 97, 103; zustimmend *Koller*, FamPra.ch 2007, 769, 781 mit Fn. 60.

125 *Breitschmid/Vetsch*, in: *Breitschmid/Rumo-Jungo*, Handkommentar ZGB, 2010, Art. 328–329, Rn. 16; *Koller*, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 15b; *Schwander*, in: *Kostkiewicz/Schwander/Wolf*, Handkommentar ZGB, 2006, Art. 328, Rn. 4.

126 *Koller*, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 15b.

127 Kritisch deshalb *Widmer*, Höhere Grenzwerte der Verwandtenunterstützung in der Sozialhilfe, in: Jusletter 18.5.2009, S. 5 ff.

Berücksichtigung der Richtlinien bei der Rechtsanwendung der Zivilgerichte ausdrücklich zugelassen.<sup>128</sup>

Aber auch unabhängig von diesen hohen Stellenwerten war die Verwaltungspraxis in den Kantonen bei der Geltendmachung von Regressansprüchen grundsätzlich sehr zurückhaltend. Zwar gab es stets Unterschiede in der kantonalen Praxis, sowohl im Hinblick auf die Prüfung etwaiger Unterstützungspflichten vor Ausreichung einer Sozialleistung als auch hinsichtlich der Geltendmachung des übergegangenen Anspruchs nach Gewährung der Sozialhilfe. Dennoch wurden für den Zwölfjahreszeitraum von 1987 bis 1998 lediglich 183 Klagen von Sozialleistungsträgern gezählt, was einem Anteil von 88% der insgesamt 208 eingebrachten Klagen entsprach.<sup>129</sup>

## II. Ergänzungsleistungen zur AHV/IV

Die eingangs angedeuteten paradiesischen Zustände resultieren jedoch nicht in erster Linie aus dem niedrigen Regresseifer der Behörden und den großzügigen Freibetragsgrenzen. Auch wenn letztere natürlich das Bestreben zum Ausdruck bringen, Unterstützungspflichten für bedürftige Verwandte möglichst zu vermeiden, darf nicht übersehen werden, dass diese Schwellenwerte in der Schweiz nicht selten erreicht werden. Für die faktisch vollständige unterhaltsrechtliche Verschonung von Nachkommen ist maßgeblich ein anderes sozialrechtliches Institut in der Schweiz verantwortlich: die Ergänzungsleistungen zur AHV/IV. Dabei handelt es sich um ein beitragsunabhängiges Instrument, das zwischen den Ansprüchen aus der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge auf der einen und der armenrechtlichen Sozialhilfe auf der anderen Seite steht. Bereits früh, nämlich im Jahre 1966, hatte man bei den Eidgenossen erkannt, dass die Leistungen der Sozialversicherung möglicherweise nicht ausreichen, um den Lebensbedarf der Menschen vor allem nach Abschluss ihrer beruflichen Tätigkeit zu decken. Zunächst waren die Ergänzungsleistungen nur als Provisorium konzipiert, weil Art. 112 Abs. 2 lit. b) BV existenzsichernde Altersrenten vorschrieb. Obwohl dieser Wunschtraum selbst in der Schweiz zu keinem Zeitpunkt Lebenswirklichkeit geworden ist, gilt Art. 112a BV, der nun auch die Ergänzungsleistungen in der Verfassung verankert, erst seit dem 1.1.2008. Korrespondierend hierzu trat am selben Tage ein neues ELG<sup>130</sup> in Kraft, das die Vorgängerregelung aus dem Jahre 1965 aufhob.

128 BGE 132 III 97, 103.

129 Widmer (Fn. 118), S. 114 ff.; Koller, FamPra.ch 2007, 769, 773 f., betont einerseits die geringe absolute Zahl der zwangsweise durchgesetzten Regressansprüche, weist gleichwohl aber – verglichen mit der Zeit zwischen 1950 und 1990 – auf eine verschärfte Rückgriffspraxis und damit verbunden auf die „Reprivatisierung des Lebensunterhaltsrisikos“ hin.

130 Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG), SR 831.30.



Wie der Name schon verrät, knüpfen das Gesetz und mit ihm die darin vorgesehenen Leistungen unmittelbar an die Sozialversicherungen an; sie haben also dasselbe Risiko im Blick, nämlich Alter, Tod und Invalidität. Nur wer einen diesbezüglichen sozialversicherungsrechtlichen Anspruch hat, profitiert auch von Ergänzungsleistungen, wenn ohne sie eine angemessene Lebensführung nicht möglich ist (vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. a ELG). In der Regel ist die Altersrente der Schweizerinnen und Schweizer jedoch ausreichend.<sup>131</sup> Daher entfalten die Ergänzungsleistungen ihre besondere praktische Relevanz vor allem als Zusatz zur Invalidenvorsorge und im sehr alten Bevölkerungssegment, das überproportional häufig in Pflegeheimen versorgt werden muss. Etwa seit 1987 übernimmt das System Ergänzungsleistungen mehr und mehr die Rolle einer allgemeinen Pflegeversicherung.<sup>132</sup> Damit zeigt sich im deutsch-schweizerischen Rechtsvergleich ihre Funktionsäquivalenz zum Elternunterhalt: Auch dieser wird ja ganz überwiegend nur dann virulent, wenn der Sozialhilfeträger aufgrund hoher Pflegekosten eintreten musste und nun gegen die Nachkommen vorgeht.

Gerade Letzteres ist nach Schweizer Modell nicht möglich. Ganz bewusst wird der Anspruch auf Ergänzungsleistungen – obwohl steuerfinanziert – einem sozialversicherungsrechtlichen Anspruch gleichgestellt. Dahinter steht offenbar eine besondere Achtung der Schweizer Gesellschaft vor dem Alter und vor den Menschen, die ihr Erwerbsleben hinter sich haben. Man will ihnen den so genannten „Gang auf’s Amt“ ersparen und legt Wert auf die Feststellung, dass Ergänzungsleistungen nichts mit der Sozialhilfe des Armenrechts zu tun haben. Die im hier interessierenden Kontext bedeutsamste Konsequenz daraus ist die Priorität – und eben nicht die Subsidiarität – der Leistungen im Verhältnis zur Verwandtenunterstützung. Bei der Gegenüberstellung anerkannter Ausgaben und abziehbarer Einnahmen, die der Anspruchsberechnung zugrunde liegt, bleiben Unterstützungsleistungen nach Art. 328 ff. ZGB außer Betracht (Art. 12 Abs. 3 lit. a ELG); insbesondere findet – folgerich-

131 Im Jahre 2007 haben schweizweit 155.600 Personen Ergänzungsleistungen zur Altersversicherung bezogen, wovon 21.715 auf den Kanton Zürich entfielen (vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft – Bundesamt für Sozialversicherungen, Statistik der Ergänzungsleistung zur AHV und IV 2007, S. 1, 29, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.110813.pdf>. Der Anteil der Personen über 64 Jahre beträgt dagegen 15,4% bzw. 1,245 Mio. (vgl. Schweizerische Eidgenossenschaft – Bundesamt für Statistik, Bevölkerung nach Alter, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/01/02/blank/key/alter/-gesamt.html>. In Deutschland haben im selben Jahr 732.602 von 16,5 Mio. Menschen Leistungen zur Grundsicherung im Alter bezogen (vgl. Bundesamt für Statistik, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/Content75/AltersgruppenFamilienstand,templateId=renderPrint.psml> und [http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Sozialleistungen/Sozialhilfe/Tabellen/Content50/Grundsrg\\_\\_Insg\\_\\_Quote\\_\\_Laender,templateId=renderPrint.psml](http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Sozialleistungen/Sozialhilfe/Tabellen/Content50/Grundsrg__Insg__Quote__Laender,templateId=renderPrint.psml)).

132 Im Jahre 2009 waren in der Schweiz etwa 136.000 Menschen pflegebedürftig, vgl. *Bundesamt für Statistik*, Sozialmedizinische Institutionen – Daten, Indikatoren: Betagte Personen, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/04/02/key/01.html>.

tig – kein Forderungsübergang auf das Gemeinwesen statt, weshalb im Ergebnis auch keine Möglichkeit zum Regress bei den Verwandten besteht.<sup>133</sup>

Rückgriffsmöglichkeiten bestehen nur, wenn auch die Ergänzungsleistungen nicht ausreichen, um die grundsätzlich erfassten Heimpflegekosten (Art. 10 Abs. 2 ELG) zu tragen, und die Sozialhilfe für die Differenz eintreten muss. Dies war bis zum Jahre 2007 noch ein mögliches Szenario, weil die Beteiligung an Pflegekosten auf einen bestimmten Betrag begrenzt werden konnte. Seit dem 1.1.2008 ist auch diese Beschränkung gefallen, so dass Heimkosten nun in voller Höhe übernommen werden. Hierfür müssen nach dem maßgeblichen Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen vor allem Letztere aufkommen; da ihnen aber auch die Kompetenz zur Regelung und Organisation des Pflegesektors zusteht, sind sie in der Lage, durch entsprechende kosteneffiziente Strukturen ihren finanziellen Aufwand für Ergänzungsleistungen zu reduzieren.

Damit lässt sich festhalten, dass der Elternunterhalt, wie er Gegenstand dieses Beitrags und dieser Veranstaltung ist, in der Schweiz in der überwiegenden Zahl der Fälle keine Rolle mehr spielt.<sup>134</sup> Vielmehr sind die Lebenskosten der älteren Generation, soweit sie nicht aus deren eigenen Mitteln bestritten werden können, unabhängig von der Realisierung des Pflegerisikos sozialisiert worden. Man ist versucht, von einem „Paradies für Kinder“ zu sprechen, und darf dabei aber nicht vergessen, dass damit auch für die Eltern eine komfortable Situation geschaffen wurde. Andererseits darf die Bindung der Ergänzungsleistungen an einen Anspruch aus der Alters-, Hinterlassenen- oder Invalidenversicherung nicht aus dem Blick geraten; wer nicht nach den Art. 1, 2 AHVG<sup>135</sup> obligatorisch bzw. freiwillig versichert war oder – vor allem – das nach Art. 21 AHVG anspruchsbegründende Alter von 65 Jahren für Männer und 64 Jahren für Frauen<sup>136</sup> noch nicht erreicht hat, hat kein Anrecht auf Altersrente und damit auch nicht auf Ergänzungsleistungen. Etwas anderes gilt nur für diejenigen, die allein deshalb keine Rente beziehen, weil sie die Mindestbeitragszeit nicht erfüllen (Art. 4 Abs. 1 lit. b ELG).<sup>137</sup>

133 Zur Subsidiarität der Verwandtenunterstützung gegenüber den Ergänzungsleistungen vgl. BGE 116 V 328, 331; *Koller* in: BK-ZGB (Fn. 109), Rn. 39; *ders.*, FamPra.ch 2007, 769, 772.

134 So ausdrücklich auch *Widmer*, Höhere Grenzwerte der Verwandtenunterstützung in der Sozialhilfe, in: Jusletter 18.5.2009, S. 2.

135 Bundesgesetz vom 20.12.1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), SR 831.10.

136 Die Erhöhung des Frauenrentenalters ist mit der 11. AHV-Revision im Nationalrat gescheitert (vgl. NZZ vom 1.10.2010, Links und Rechts versenken die 11. AHV-Revision, [http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/rentenalter\\_65\\_fuer\\_frauen\\_vorerst\\_vom\\_tisch\\_1.7765615.html](http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz/rentenalter_65_fuer_frauen_vorerst_vom_tisch_1.7765615.html)).

137 Allgemein zur Bezugsberechtigung für Ergänzungsleistungen *Carigiet/Koch*, Ergänzungsleistungen zur AHV/IHV, 2. Aufl. 2009, S. 113 ff.; *Widmer*, Die Sozialversicherung in der Schweiz, 6. Aufl. 2008, S. 110 f.

### III. Kritik an der Verwandtenunterstützungspflicht

Diese Umstände rücken auch die heftige Kritik der Schweizer Literatur, zumindest aber das Drängen auf restriktive Anwendung der Art. 328 ff. ZGB in ein besonderes Licht. Mit dem faktischen Ausscheiden der Elternunterstützung aus dem Spektrum der Art. 328 ff. ZGB konzentriert sich nämlich die Praxisrelevanz der Verwandtenunterstützung vor allem auf Ansprüche allein erziehender junger Mütter bzw. arbeitsloser oder drogenabhängiger<sup>138</sup> Erwachsene gegen ihre (Groß-)Eltern.<sup>139</sup> In diesen Konstellationen mag durchaus gefragt werden, ob auch die heute mehr und mehr gelockerten Familienbande eine theoretisch endlose „Kausalhaftung“ der älteren für die jüngere Generation zu rechtfertigen vermögen; dabei ist insbesondere zu bedenken, dass der Eintritt der Volljährigkeit allen rechtlichen Einflussmöglichkeiten ein Ende setzt, weil sich die Selbstverantwortung anschließt.<sup>140</sup> Die Kritik an einer Pflicht zur Verwandtenunterstützung ist deshalb aus rechtstatsächlichen Gründen differenziert zu betrachten und nicht unbesehen mit einem „Angriff auf den Elternunterhalt“ gleichzusetzen; selbst der renommierteste Gegner der familiären Unterstützung betont ausdrücklich, im Hinblick auf alte oder invalide Verwandte sei der rechtlich verordnete Beistand „(dem Grundsatz nach) legitim“, vor allem weil darin ein Ausgleich für den früheren Kindesunterhalt zu sehen sei.<sup>141</sup> Dies mag auch ein Fingerzeig für die deutsche Kritik am Elternunterhalt sein: Die Aspekte, die gegen ihn ins Feld geführt werden, sind mehr praktischer als dogmatischer Natur und können demzufolge – wie das in Gestalt der judikativen Restriktion des Elternunterhalts auch geschieht – auf der praktischen Seite berücksichtigt werden.

138 Vgl. dazu den Fall BGE 106 II 287.

139 Anderer, Die familienrechtliche Unterstützungspflicht – Verwandtenunterstützung, in: Häfeli (Hrsg.), Das Schweizerische Sozialhilferecht, 2008, S. 254; Koller, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 5b; ders., FamPra.ch 2007, 769, 774 ff.

140 Vgl. zur Kritik Koller, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 3, 5a.; ders., FamPra.ch 2007, 769, 774 ff.

141 Koller, in: BK-ZGB (Fn. 109), Art. 328/329, Rn. 5b.; ders., FamPra.ch 2007, 769, 775.

## Kapitel 5 Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in der EU

Abschließend soll ein Blick in den Bereich der grenzüberschreitenden Unterhaltsdurchsetzung die Thematik abrunden. Weil dies unter dem Gesichtspunkt der praktischen Relevanz untrennbar mit der Bearbeitung des Unterhaltsrechts im internationalen Maßstab verbunden ist, darf dieser Komplex nicht außer Betracht gelassen werden. Weil die Rechtsdurchsetzung auf der anderen Seite aber nicht zum „Kerngeschäft“ des Notariats gehört, wollen wir uns auf die klassischen Fragen des internationalen Zivilverfahrensrechts beschränken: internationale Zuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung von (Unterhalts-)Titeln. Darüber hinaus soll der Fokus aus Anlass der neuen EuUntVO auf dem europäischen Recht liegen. Das neue HUÜ 2007 ist für den Bereich des Elternunterhalts ohne ein entsprechendes Opt-In der künftigen Mitgliedstaaten auch gar nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 1, 3 HUÜ 2007).

### *A. Internationale Zuständigkeit zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen*

#### **I. Beklagten- und Klägergerichtsstand nach Art. 3 EuUntVO**

Obwohl der Schwerpunkt der EuUntVO darauf gelegt ist, die grenzüberschreitende Vollstreckung von Unterhaltstiteln zu erleichtern und damit vor allem zu beschleunigen, enthält sie auch Vorschriften betreffend die Zuständigkeit zur Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen. Denn es ist ihr Ziel, für alle relevanten Bereiche der internationalen Unterhaltsdurchsetzung die maßgeblichen Regelungsaspekte und Maßnahmen zusammenzufassen und – wie bereits einleitend angesprochen – eine Konsolidierung der in verschiedenen europäischen Rechtsakten verankerten Bestimmungen herbeizuführen.<sup>142</sup> Damit ersetzt sie in Unterhaltsfragen namentlich die EuGVVO und teilweise auch die EuVTVO Art. 68 Abs. 1, 2 EuUntVO).

Gleichwohl wird das Zuständigkeitssystem der EuGVVO im Wesentlichen beibehalten. Im Hinblick auf den Elternunterhalt, der als Unterhaltspflicht aus einem Familien- bzw. Verwandtschaftsverhältnis im Anwendungsbereich der EuUntVO liegt (Art. 1 Abs. 1), sind auch weiter ein Beklagten- und ein Klägergerichtsstand vorgesehen (jetzt Art. 3 lit. a, b EuUntVO bzw. vormals Art. 2 Abs. 1, 5 Nr. 2 EuG-

<sup>142</sup> Vgl. Erwägungsgrund 10 der EuUntVO; *Andrae*, FPR 2008, 196, 197.

VVO).<sup>143</sup> Mit diesen Klägergerichtsständen geht bzw. ging es den jeweiligen Rechtsakten um den Schutz des Unterhaltsberechtigten, der nicht ausschließlich auf eine Klage am Wohnsitz seines Schuldners verwiesen sein soll.<sup>144</sup> Trotz dieser Kontinuität im Grundsätzlichen bringt die EuUntVO aber auch eine Veränderung im Detail mit sich: Für Unterhaltsklagen entfällt nämlich künftig der Gerichtsstand am Wohnsitz der Beteiligten, weil Art. 3 lit. a, b) EuUntVO nur noch den gewöhnlichen Aufenthalt erwähnt.<sup>145</sup>

## II. Kein Klägergerichtsstand für Regressansprüche

Diese Änderung ist für die Geltendmachung von Elternunterhalt von nicht zu unterschätzender Relevanz. Zwar werden unterhaltsberechtigte Eltern regelmäßig einen gewöhnlichen Aufenthaltsort haben, nicht selten in dem Pflegeheim, in dem sie betreut werden. Jedoch gilt das Zuständigkeitsprivileg des Unterhaltsgläubigers nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH, die noch zum früheren EuGVÜ ergangen ist, nicht für Sozialleistungsträger, die Regressansprüche gegen Unterhaltsschuldner geltend machen. Zur Begründung seiner Auffassung führt der EuGH den Schutz des Unterhaltsgläubigers als typischerweise unterlegener Partei ins Feld, der mit dem Zuständigkeitsprivileg erreicht werden soll; diese Ratio sei auf eine öffentliche Einrichtung, die eine Regressklage erhebt, nicht übertragbar, weil sich diese eben nicht in einer unterlegenen Position befinde. Darüber hinaus sei der Unterhaltsberechtigte, der bereits durch öffentliche Leistungen unterstützt worden ist, nicht mehr in einer schwierigen Lage, die ein Abweichen vom allgemeinen Gerichtsstand erlaubt.<sup>146</sup>

Von dieser Rechtslage dürfte auch unter Geltung der EuUntVO auszugehen sein. Denn in Kenntnis der EuGH-Judikatur hat der Ordnungsgeber den Sozialleistungsträger zwar den Unterhaltsgläubigern gleichgestellt; dies gilt jedoch nach dem eindeutigen Wortlaut des insoweit maßgeblichen Art. 64 EuUntVO nur für die Zwecke der Anerkennung, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass eine entsprechende Gleichstellung in Fragen der Zuständigkeit nicht erfolgen sollte und sich ein Sozialleistungsträger nach wie vor nicht auf Art. 3 lit. b) EuUntVO berufen kann. Unter Berücksichtigung der hohen Praxisrelevanz von Regressklagen und der Möglichkeit,

143 Im Verhältnis der EU-Staaten zur Schweiz gilt natürlich weiter das LugÜ, das zusätzlich zum allgemeinen Gerichtsstand nach Art. 2 ebenfalls eine Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz des Gläubigers zur Verfügung stellt.

144 Geimer, in: Zöller, ZPO, 28. Aufl. 2010, Anhang I, Art. 5 EuGVVO, Rn. 20a; Oberhammer, in: Dasser/Oberhammer, Kommentar zum LugÜ, Art. 5 LugÜ, Rn. 103.

145 Kritisch dazu Gottwald, in: Liber Amicorum Lindacher, 2007, S. 13, 14 f.

146 EuGH, Urt. v. 15.1.2004, Rs. C-433/01 – Freistaat Bayern / Blijdenstein, EuZW 2004, 277 ff., Rn. 26 ff.; zustimmend Schlosser, JZ 2004, 408; Neu, EuZW 2004, 278; Hüßtege, in: Thomas/Putzo (Hrsg.), ZPO, 31. Aufl. 2010, Art. 5 EuGVVO, Rn. 13c; Oberhammer (Fn. 144), Art. 5 LugÜ, Rn. 108; ebenso OLG Dresden, NJW 2007, 446, 447; kritisch dagegen Martiny, IPRax 2004, 195 ff.

dass beruflich sehr flexible Unterhaltsschuldner gar keinen gewöhnlichen Aufenthalt haben, besteht das Risiko, dass für manche Rückgriffsklagen gar keine internationale Zuständigkeit begründet ist. Es mag sich dabei um Ausnahmefälle handeln; dennoch ist dies zurzeit ein denkbares Szenario bei der Durchsetzung von Elternunterhalt im internationalen Kontext. Jedenfalls führt diese Rechtslage aber typischerweise zur Notwendigkeit, ausländisches Recht anzuwenden. Denn für den Unterhaltsanspruch selbst ist und bleibt ja regelmäßig das Recht des Staates maßgeblich, in dem der Gläubiger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.<sup>147</sup>

### III. Prorogation und rügelose Einlassung

Die Möglichkeit, ein Unterhaltsverfahren im Staat des Regress nehmenden Sozialleistungsträgers durchzuführen, besteht jedoch unter den Gesichtspunkten der Prorogation nach Art. 4 EuUntVO bzw. der rügelosen Einlassung nach Art. 5 EuUntVO. Dies gilt natürlich auch für Unterhaltsauseinandersetzungen zwischen den eigentlichen Parteien. Im Hinblick auf die Zulässigkeit der Prorogation ist die Ähnlichkeit mit der Rechtswahlbefugnis aus dem künftigen HUP 2007 zu betonen. Denn es kann nur die Zuständigkeit der Gerichte des Staates vereinbart werden, in dem eine der Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat oder dem eine der Parteien angehört (Art. 4 Abs. 1 lit. a, b EuUntVO). Die Wahrscheinlichkeit aber, dass sich ein in Regress genommener Schuldner ohne Not auf ein Verfahren im Staat der Sozialbehörde einlässt, dürfte ebenso gering sein, wie die einer Rechtswahlvereinbarung durch den Sozialleistungsträger.<sup>148</sup>

#### *B. Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltstiteln*

Neben Bestimmungen zur internationalen Zuständigkeit bilden Regelungen zur Anerkennung und Vollstreckung von Titeln regelmäßig den zweiten wichtigen Komplex in den Quellen des Internationalen Zivilverfahrensrechts. Demzufolge enthält auch die EuUntVO entsprechende Vorschriften, was folgerichtig ist, weil gerade bei Unterhaltsansprüchen nicht selten die Leistungsunwilligkeit des Schuldners auf der einen Seite und die besondere Angewiesenheit des Gläubigers auf die Zahlungen auf der anderen Seite zusammentreffen. Gerade deswegen ist die EuUntVO auch maßgeblich von dem Gedanken getragen, die Vollstreckung von Unterhaltstiteln innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu erleichtern, damit vor allem zu beschleunigen und ihre Kosten im Interesse des Unterhaltsberechtigten gering zu halten.<sup>149</sup>

147 Siehe oben S. 40 f.

148 Dazu siehe oben S. 50 ff.

149 Erwägungsgründe 4, 23, 26, 27 f., 30, 38 EuUntVO.

## I. Das zweigleisige Vollstreckungssystem der EuUntVO

Höchst interessant ist im Hinblick auf die Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltstiteln, dass die EuUntVO hier ein zweigeteiltes Regelungssystem enthält, das in unmittelbarem Zusammenhang mit der Bindung der Mitgliedstaaten an die Kollisionsnormen des HUP 2007 steht. Das einfachere, schnellere und effizientere Vorgehen bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung ist für die Unterhaltstitel möglich, die aus einem Mitgliedstaat stammen, der zugleich auch Vertragsstaat des HUP 2007 ist. Das hier vorgesehene Procedere ist eng an die EuVTVO angelehnt und zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass es für vollstreckbare Unterhaltstitel aus einem Mitgliedstaat keines gesonderten Exequaturverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat bedarf, in dem die Forderung durchgesetzt werden soll (Art. 17 Abs. 2 EuUntVO). Darüber hinaus wird die betreffende Unterhaltsentscheidung natürlich auch ohne gesondertes Verfahren anerkannt (Art. 17 Abs. 1 EuUntVO). Zur Vollstreckung der Unterhaltsforderung ist es für den Gläubiger lediglich notwendig, sich mit einer Ausfertigung des Titels und einem im Ursprungsmitgliedstaat formularmäßig erstellten Auszug an die zuständigen Organe des Vollstreckungsmitgliedstaates zu wenden (Art. 20 Abs. 1 EuUntVO). Im Hinblick auf die verschiedenen Sprachen in den Mitgliedstaaten der EU darf zwar eine Übersetzung des erwähnten Formblattes verlangt werden, keinesfalls aber eine solche der gesamten Unterhaltsentscheidung (Art. 20 Abs. 2 EuUntVO). Die Vollstreckung darf nur verweigert werden, wenn die entsprechenden Gründe im Recht des Vollstreckungsstaates vorliegen (Art. 21 Abs. 1 EuUntVO), wenn das Recht zur Vollstreckung nach den Regelungen des Ursprungs- oder des Vollstreckungsstaates verjährt ist, wobei hier ein Günstigkeitsprinzip für den Schuldner gilt (Art. 21 Abs. 2 UAbs. 1 EuUntVO) oder wenn die zu vollstreckende Entscheidung im Widerspruch zu einem anderen Unterhaltstitel steht, der entweder im Vollstreckungsstaat ergangen oder dort anzuerkennen ist (Art. 21 Abs. 2 UAbs. 2 EuUntVO). Die Vollstreckung kann darüber hinaus ausgesetzt werden, wenn im Ursprungsstaat ein Verfahren zur Nachprüfung der Unterhaltsentscheidung durchgeführt wird (Art. 21 Abs. 3 EuUntVO); dies ist nach Art. 19 EuUntVO aber nur möglich, wenn es sich um eine Säumnisentscheidung handelt, vor deren Erlass dem Schuldner kein genügendes rechtliches Gehör gewährt wurde oder gegen die er ohne Verschulden keinen Einspruch erheben konnte, es sei denn, der Schuldner hat Rechtsbehelfsmöglichkeiten verstreichen lassen (Art. 19 Abs. 1 EuUntVO).<sup>150</sup> All diese Vorgaben gelten, was aus Sicht des Notariats sicher von Interesse ist, nach Art. 48 EuUntVO auch für vollstreckbare öffentliche Urkunden, wobei zur Vorlage bei den Vollstreckungsbehörden lediglich ein anderes Formblatt als bei gerichtlichen Entscheidungen zu verwenden ist.

Mit diesen Vorgaben wird der vollstreckbare Unterhaltstitel aus einem Mitgliedstaat und Vertragsstaat des HUP 2007 gewissermaßen zu einem europäischen Voll-

<sup>150</sup> Die Vollstreckung kann auch ausgesetzt werden, wenn die Vollstreckbarkeit der Entscheidung im Ursprungsstaat ausgesetzt ist, Art. 21 Abs. 3 UAbs. 3 EuUntVO.

streckungstitel, der weit über die Möglichkeiten der EuVTVO hinausgeht. In formeller Hinsicht soll es in Unterhaltssachen nicht mehr notwendig sein, dass die Ursprungsbehörde oder das Ursprungsgericht seine Entscheidung in einem eigenen Verfahren und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen als europäischen Vollstreckungstitel bestätigt (Art. 5 – 19 EuVTVO). Vor allem ist aber zu beachten, dass nach der EuUntVO die Freizügigkeit von Unterhaltstiteln auch dann möglich wird, wenn die zugrunde liegenden Forderungen vom Schuldner bestritten sind; gerade dies ist unter der EuVTVO nicht der Fall, die nach ihrem Art. 3 Abs. 1 ja nur für unbestrittene Forderungen, vor allem also Anerkenntnisse, Vergleiche oder Säumnisentscheide gilt. Dieser Paradigmenunterschied zwischen EuVTVO und EuUntVO unterstreicht noch einmal die Bedeutung, die der europäische Gesetzgeber der effizienten Durchsetzbarkeit von Unterhaltsforderungen im Interesse des Berechtigten beimisst. Er zeigt darüber hinaus, welche große Bedeutung die Einigung auf übereinstimmende Kollisionsregeln hat. Unterhaltsentscheide, die aufgrund der Anwendung des nach dem HUP 2007 vorgesehenen materiellen Rechts ergangen sind, genießen besonderes Vertrauen, weil die EU an der Entstehung dieser Kollisionsnormen mitgewirkt hat und – vor allem – weil sie nach den Vorstellungen der Gemeinschaft im Vollstreckungsstaat genauso ergangen wären wie im Ursprungsstaat. Denn wo aufgrund der Bindung an dasselbe Internationale Privatrecht die zuständigen Gerichte oder Behörden eine bestimmte Entscheidung hätten treffen und in der Folge auch vollstrecken müssen, besteht kein Anlass, die Vollstreckung derselben Entscheidung an höhere Voraussetzungen zu knüpfen, nur weil sie aus einem anderen Staat stammt.

In den Fällen, in denen der Vertrauensvorschuss aus der Anwendung des HUP 2007 nicht besteht, ist zur Vollstreckung eines Unterhaltstitels in einem anderen Mitgliedstaat ein Verfahren zu durchlaufen, welches an dasjenige nach der EuGVVO angelehnt ist. Danach werden Unterhaltsentscheidungen zwar ohne förmliches Verfahren anerkannt (Art. 23 Abs. 1 EuUntVO), jedoch existieren namentlich bei Ordre-Public-Verstößen, bei Verletzungen des rechtlichen Gehörs des Unterhaltsschuldners und bei Divergenzproblemen Anerkennungsversagungsgründe (Art. 24 EuUntVO). Es bedarf nun eines Exequaturverfahrens, in dem der Schuldner grundsätzlich die bereits oben erwähnten Dokumente vorzulegen hat (Art. 26, 28, 29 EuUntVO). In diesem Verfahren der Vollstreckbarerklärung wird der Unterhaltsschuldner naturgemäß nicht gehört, damit er keine Vermögenswerte der Vollstreckung entziehen kann (Art. 30 EuUntVO). Im Unterschied zur EuGVVO besteht nach der EuUntVO im Interesse des Unterhaltsgläubigers aber ein Beschleunigungsgebot: Während dort die Vollstreckbarerklärung nach Erfüllung aller Förmlichkeiten unverzüglich zu erfolgen hat (Art. 41 EuGVVO), was je nach Organisation und Belastung des zuständigen Gerichts durchaus eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen kann, gilt hier eine Maximalfrist von 30 Tagen, die nur aufgrund außergewöhnlicher Umstände überschritten werden darf (Art. 30 EuUntVO). Hier wie dort kann gegen die Entscheidung im Vollstreckbarerklärungsverfahren ein Rechtsbehelf eingelegt werden; in diesem Rechtsbehelfsverfahren findet dann insbesondere die Prüfung von Anerkennungsversagungsgründen statt (Art. 32, 34 EuUntVO), wobei eine Nachprüfung in der Sache verboten ist (Art. 42 EuUntVO). Vor dem Hinter-



grund der Besonderheiten von Unterhaltsansprüchen ist eine Beschleunigungspflicht implementiert, wenn die Rechtsbehelfsentscheidung – vorbehaltlich außergewöhnlicher Umstände – innerhalb von 90 Tagen zu ergehen hat (Art. 34 Abs. 2 EuUntVO). Die anschließende Vollstreckung selbst richtet sich freilich stets nach dem Recht des Vollstreckungsstaates (Art. 41 Abs. 1 EuUntVO).

## II. Wertungswiderspruch im Sozialhilferegress?

Mit Blick auf die besondere Rolle von Sozialleistungsträgern in den Fällen des Elternunterhalts ist noch einmal hervorzuheben, dass die EuUntVO mit Art. 64 ihr Anerkennungs- und Vollstreckungssystem auch auf diese Behörden erstreckt. Nach dessen Absatz 3 kann eine öffentliche Aufgaben wahrnehmende Einrichtung insbesondere die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung bzw. Vollstreckung von Entscheidungen beantragen, die gegen eine unterhaltsverpflichtete Person ergangen sind, weil die öffentliche Einrichtung Leistungen anstelle von Unterhaltszahlungen erbracht hat. Damit werden die vollstreckungsspezifischen Vorzüge der Verordnung an die Sozialleistungsträger weitergegeben. Wie erwähnt, gilt dies allerdings nicht im Hinblick auf die Zuständigkeit zur Geltendmachung von Regressforderungen; hier bleibt den Behörden im Falle einer notwendigen Klage nur der Gang vor das Gericht, in dessen Bezirk der Unterhaltsschuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.<sup>151</sup> Obschon – wohl folgend der dargestellten EuGH-Judikatur – Sozialbehörden nicht in derselben schutzwürdigen Position gesehen werden wie unterhaltsberechtigten Personen, wird ihnen im Hinblick auf die Vollstreckungsmöglichkeiten eine vergleichbare Rechtsposition eingeräumt wie dem Gläubiger.

Dies verwundert insofern, als ja auch diese Vollstreckungserleichterungen vor allem dem Umstand Rechnung tragen, dass die spezielle Situation des Berechtigten eine unkomplizierte und zügige Realisierung der Forderung notwendig macht.<sup>152</sup> Zwar könnte man meinen, Sozialleistungsträger müssten gar keine „Vollstreckung über die Grenze“ betreiben, weil sie ja ihren Titel ohnehin am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Schuldners geltend machen müssen. Allerdings dürfen die Situationen nicht außer Betracht gelassen werden, in denen der Unterhaltsverpflichtete nach Erlass des Titels in einen anderen Staat verzieht oder über vollstreckbares Vermögen im Ausland verfügt. Ferner ist es denkbar, dass bereits der Unterhaltsgläubiger selbst am Klägergerichtsstand einen Titel erstritten hat, die öffentliche Hand anschließend in einer besonderen Notsituation in Vorleistung tritt und der titulierte Anspruch deshalb auf sie übergeht; auch in dieser Situation müsste die Sozialbehörde aus einem ausländischen Titel gegen den Schuldner vollstrecken.<sup>153</sup> Öffentliche Leistungsträger können also ebenso in die Lage kommen, Forderungen grenzüberschreitend durchzusetzen, wie der Unterhaltsgläubiger selbst. Daher stellt sich die

<sup>151</sup> Siehe oben S. 45 f.

<sup>152</sup> Erwägungsgründe 4, 26, 30 EuUntVO.

<sup>153</sup> Dieser Fall ist ausdrücklich in Art. 64 Abs. 3 lit. b) EuUntVO geregelt.

Frage, ob es nicht einen Wertungswiderspruch darstellt, wenn ihnen einerseits die Schutzwürdigkeit abgesprochen wird, das Privileg des Klägergerichtsstandes geltend zu machen, sie andererseits aber alle Vorzüge des Vollstreckungsverfahrens nach der EuUntVO in Anspruch nehmen können.<sup>154</sup>

Eine Antwort hierauf erfordert einen Blick nicht nur auf die Situation des – anerkanntermaßen – schutzwürdigen Unterhaltsgläubigers, sondern vor allem auf die Ausgangslage des Schuldners. Weil bei Erhebung einer Klage noch nicht feststeht, ob der geltend gemachte Anspruch überhaupt besteht, lautet der international akzeptierte Grundsatz zum Schutze des Beklagten *actor sequitur forum rei* mit der Folge eines allgemeinen Gerichtsstandes am Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthaltsort des Beklagten. Mit Blick auf das Prozessrisiko soll er sich in seinem Staat, nach den Prozessregeln der *lex fori* und in seiner Sprache, jedenfalls in der Gerichtssprache seines freiwillig gewählten Aufenthaltsortes verteidigen können. Ausnahmen bestehen dort, wo eine Abwägung der beteiligten Interessen zugunsten des Klägers ausfällt, namentlich also bei Arbeitnehmern, Verbrauchern und eben Unterhaltsgläubigern.<sup>155</sup> Sobald eine Sozialhilfebehörde beteiligt ist, die typischerweise eine große Erfahrung mit der Geltendmachung von Unterhaltsforderungen hat, meist über juristischen Sachverstand verfügt und auch die finanziellen Mittel für eine Rechtsdurchsetzung im Ausland – oder auch für den Einkauf des Know-how – leicht aufbringen kann, fällt dies bei der gebotenen Interessenabwägung zugunsten des (angeblichen) Schuldners ins Gewicht und es bleibt beim Grundsatz des Beklagtengerichtsstandes.

Demgegenüber ist die Vollstreckungssituation eine ganz andere. Hier ist das Bestehen der Unterhaltsverpflichtung bereits geklärt, entweder weil ein Gericht oder eine Behörde darüber entschieden und die Entscheidung für vollstreckbar erklärt hat, oder weil beim Zustandekommen einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde oder eines Vergleichs der Schuldner selbst mitgewirkt hat. Die Ungewissheit darüber, ob ein (Unterhalts-)Anspruch überhaupt besteht, die es im Klageverfahren nur einem entsprechend schutzwürdigen Kläger erlaubt, die behauptete Forderung an seinem Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort geltend zu machen, ist im Vollstreckungsverfahren beseitigt. Dies lässt nicht nur die Schutzbedürftigkeit des Schuldners entfallen; es führt nach dem Willen der EuUntVO auch dazu, dass eine möglichst rasche und ungehinderte Vollstreckung erfolgen soll, wo der Verpflichtete auch nach verbindlicher Feststellung seiner Schuld nicht freiwillig leistet. Während also im Erkenntnisverfahren die Schutzwürdigkeit des angeblichen Gläubigers darüber entscheidet, ob ein Klägergerichtsstand zugelassen ist oder nicht, ist für die Ausgestaltung des Vollstreckungsverfahrens nach der EuUntVO allein von Bedeutung, dass es sich um eine verbindlich festgestellte vollstreckbare Unterhaltsforderung handelt. Auf die Ausgangssituation des Vollstreckungsgläubigers kommt es demnach nicht an, weshalb

154 Solange der Titel nicht aus einem Vertragsstaat des HUP 2007 stammt, sind – wie erwähnt – die Abweichungen vom Verfahren nach der EuGVVO nicht sehr bedeutend, unter die schon bisher Regressforderungen von Sozialhilfeträgern fallen, vgl. EuGH, Urteil vom 14.11.2002, Rs. C-271/00, EuZW 2003, 30, Rn. 30 ff. –Baten.

155 Art. 18, 16 und Art. 5 Nr. 2 EuGVVO.

ursprünglicher Unterhaltsgläubiger und Regress nehmender Sozialleistungsträger zu Recht gleichbehandelt werden.

### *A. Kollisionsrecht*

Die Frage, ob Kinder ihren Eltern Unterstützung schulden, hat nicht nur moralische, sondern auch rechtliche Dimensionen. In einer von Mobilität und Migration geprägten Zeit sind die rechtlichen Fragen des Elternunterhalts auch in einen internationalen Kontext gestellt. Dieser ist durch eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen gekennzeichnet, die insbesondere das Kollisionsrecht für Unterhaltsbeziehungen, aber auch die Aspekte der internationalen Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen zum Gegenstand haben. Im Bestreben nach internationalem Entscheidungseinklang für solche Sachverhalte liegt der Schwerpunkt vor allem auf den kollisionsrechtlichen Bestimmungen, weil eine Vereinheitlichung des materiellen Unterhaltsrechts in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist. Bis zum Inkrafttreten der Europäischen Unterhaltsverordnung am 18.6.2011, das gleichzeitig eine vorläufige Anwendbarkeit des HUP 2007 mit sich bringt, sind in Deutschland hierfür die Regelungen des HUÜ 1973 maßgeblich.

Danach – und auch nach dem inhaltsgleichen Art. 18 EGBGB – ist eine Leiter von Haupt-, Hilfs- und Ersatzanknüpfungen vorgesehen. Nach der Grundregel entscheidet über Existenz, Inhalt und Umfang von Unterhaltspflichten das Recht des Staates, in dem der Unterhaltsberechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 4 Abs. 1 HUÜ 1973; Art. 18 Abs. 1 S. 1 EGBGB). Wenn danach ein Unterhalt nicht geschuldet ist, greift ein etwaiges gemeinsames Heimatrecht der Parteien ein (Art. 5 HUÜ 1973; Art. 18 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Besteht ein solches gemeinsames Heimatrecht nicht oder gewährt es ebenfalls keinen Unterhaltsanspruch, gilt die *lex fori* des zur Entscheidung berufenen Gerichts bzw. der zuständigen Behörde (Art. 66 HUÜ 1973; Art. 18 Abs. 2 EGBGB). Die so formulierte Anknüpfungsleiter enthält allseitige Kollisionsnormen, deren Anwendung unter einem *Ordre-Public*-Vorbehalt steht; außerdem werden in jedem Fall, d.h. unabhängig vom jeweils anzuwendenden Recht, die Bedürftigkeit des Berechtigten und auch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten geprüft. In der Praxis des Elternunterhalts ist vor allem der so genannte „Sozialhilferegress“ von Bedeutung. Ob und wie ein öffentlicher Leistungsträger gegen die eigentlich zum Unterhalt Verpflichteten Rückgriff nehmen kann, richtet sich allerdings nicht nach dem Unterhaltsstatut, sondern nach dem Recht, dem die jeweilige Behörde untersteht. In welchem Umfang jedoch ein dem Grunde nach gegebener Erstattungsanspruch existiert, muss wiederum das Unterhaltsstatut regeln.

In Zukunft wird es nach dem HUP 2007 eine etwas modifizierte Reihenfolge der Anknüpfungen geben. Zwar wird es auch nach dessen Art. 3 bei der Grundanknüpf-

fung an das Recht des Staates bleiben, in dem der Unterhaltsberechtigte seinen Aufenthalt hat. Sollte danach kein Unterhaltsanspruch bestehen, wird künftig jedoch direkt auf die lex fori und nicht mehr zuerst auf ein etwaiges gemeinsames Heimatrecht zurückgegriffen (Art. 4 Abs. 2 HUP 2007). Damit wird ganz zu Recht die Bedeutung der gemeinsamen Staatsangehörigkeit reduziert und die Rolle der lex fori gestärkt. Diese Intention wird darüber hinaus durch Art. 4 Abs. 3 HUP 2007 unterstrichen, wonach die lex fori immer – und eben nicht nur subsidiär – zur Anwendung kommt, wenn der Schuldner seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dem Staat hat, in dem die Unterhaltsansprüche geltend gemacht werden. Das eigentliche Novum im Unterhaltskollisionsrecht des HUP 2007 ist allerdings die Möglichkeit und Zulässigkeit einer Rechtswahl, die im Internationalen Unterhaltsrecht bisher, insbesondere zum Schutz der unterhaltsberechtigten Partei, nicht gegeben ist. Mit dieser Neuigkeit sollen Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit des künftigen Unterhaltsstatuts vergrößert werden. Die näheren Voraussetzungen der Rechtswahl sind in Art. 7 und 8 HUP 2007 geregelt. Nach diesen Bestimmungen wird künftig insbesondere auch die Wahl eines Unterhaltsstatuts möglich und zulässig sein, das keinen Elternunterhalt vorsieht; dies gilt selbst dann, wenn aufgrund dieser Rechtswahl in Vorleistung getretene (deutsche) Sozialleistungsträger keine Regressansprüche haben. Zum einen liegt in der kollisionsrechtlichen Rechtswahl nicht zugleich auch ein materieller Verzicht auf Unterhaltsansprüche, der nach deutscher Vorstellung gegen § 1614 BGB verstoßen würde. Diese Differenzierungen legt auch der Wortlaut des HUP 2007 nahe. Darüber hinaus verstößt das Nichtbestehen eines Anspruchs auf Elternunterhalt infolge einer entsprechenden Rechtswahl auch nicht gegen den inländischen deutschen Ordre Public. Denn der Elternunterhalt gehört infolge seiner anerkannt schwachen Ausgestaltung durch die jüngere Judikatur mitnichten zu den Grundgedanken oder -werten und damit auch nicht zum Kernbestand der deutschen Rechtsordnung und der ihr innewohnenden Gerechtigkeitsvorstellungen. Dies zeigt zum einen die rechtspolitische Diskussion um den Elternunterhalt, die seit Jahren anhält. Zum anderen hat aber auch die höchstrichterliche Rechtsprechung erheblich dazu beigetragen, dass der Elternunterhalt hierzulande nur einen geringen Stellenwert genießt. In diesem Gesamtkontext kann auch die Tatsache nicht zur Annahme eines Ordre-Public-Verstoßes führen, dass die Wahl eines materiellen Rechts, das keinen Elternunterhalt gewährleistet, in der Regel zur Einstandspflicht der öffentlichen Hand führt bzw. dieser die Möglichkeit zum Regress verwehrt. Und schließlich ist die „Abwahl“ des Elternunterhalts unter der künftigen Geltung des HUP 2007 auch deshalb hinzunehmen, weil dort strenge Vorschriften die Wahl von vornherein kanalisieren und an konkrete Vorgaben binden. Wenn dies aber der Fall ist, muss das solchermaßen zulässig gewählte Recht mitsamt seinem Ergebnis im konkreten Einzelfall akzeptiert werden.

## *B. Rechtsvergleich*

Was die nationale Debatte andeutet, findet sich bei einem Blick über die Grenzen bestätigt: Elternunterhalt ist nicht selbstverständlich. Insbesondere in Norwegen, Großbritannien und einigen US-amerikanischen Bundesstaaten ist eine Unterhaltsverpflichtung von Kindern gegenüber ihren Eltern unbekannt. Anders ist es in den meisten europäischen Staaten, was vor allem auf der gemeinsamen römisch-rechtlichen und kanonischen Tradition beruht, nach der Eltern im Alter Unterhalt von ihren Kindern beanspruchen konnten. Dabei bestehen in den Einzelheiten freilich gravierende Unterschiede, die cursorisch aufgezeigt werden konnten. Die Schweiz kennt die sog. Verwandtenunterstützungspflicht nach dem ZGB, die in aufsteigender Linie zwar formell keine Unterhaltsverpflichtung darstellt, materiell aber eine solche ist. Neben dieser privatrechtlich verankerten Absicherung besteht in der Schweiz ein differenziertes System der Sozialhilfe, dessen Ausgestaltung in der Regelungsbefugnis der einzelnen Kantone liegt. In diesem Zusammenhang haben alle Kantone festgelegt, dass die Sozialleistungen gegenüber der Verwandtenunterstützung nachrangig sind. Über diese Subsidiarität hinaus ähneln auch die Probleme in der Rechtspraxis denjenigen des deutschen Rechts. Es ist zu klären, wann ein Unterstützungsberechtigter überhaupt bedürftig ist. Auch muss festgestellt werden, ob die in Anspruch genommene Person überhaupt leistungsfähig ist, weil sie – nach schweizerischem Duktus – in „günstigen Verhältnissen“ lebt. Dass diese in der Schweiz mit Wohlstand gleichgesetzt werden, mag nicht verwundern. Dies führt in Verbindung mit den konkreten Richtlinien zu einem faktischen Ausschluss der Unterstützungspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern. Dieses Resultat wird ganz maßgeblich auch dadurch erreicht, dass mit den Ergänzungsleistungen zur AHV/IV ein weiteres, steuerfinanziertes Instrument zur Verfügung steht, das eine etwaige Diskrepanz zwischen der bestehenden Altersversorgung auf der einen und dem tatsächlichen Lebensbedarf auf der anderen Seite beseitigen soll. Diese Ergänzungsleistungen zeichnen sich im Gegensatz zur allgemeinen Altersversorgung dadurch aus, dass sie im Vergleich zu den zivilrechtlichen Ansprüchen auf Verwandtenunterstützung nicht subsidiär sind, sondern diesen vorgehen. Deshalb findet diesbezüglich auch kein Forderungsübergang und demzufolge auch kein Regress bei den de lege unterstützungspflichtigen Verwandten statt. Die Lebenskosten der älteren Generation sind damit praktisch vollständig sozialisiert worden.

## *C. Durchsetzung*

Das Internationale Privatrecht für Unterhaltsverhältnisse hat gezeigt, dass vielfach auch ausländisches Recht anwendbar sein kann. Die Internationalität der Sachverhalte, welche die hier besprochenen Fragen erst aufwirft, offenbart aber auch die Notwendigkeit, Unterhaltsansprüche im Ernstfall auch grenzüberschreitend durchzusetzen. Diesem Ziel dient im europäischen Maßstab seit Neuestem die EuUntVO. Sie sieht nicht nur einen Gerichtsstand am Aufenthaltsort des Unterhaltsschuldners,

sondern auch einen Klägergerichtsstand vor und bezweckt damit, den in der Regel dringend auf die Realisierung seiner Ansprüche angewiesenen Gläubiger in zivilprozessualer Hinsicht zu unterstützen. Gerade wegen dieser Ratio kann sich ein Regress nehmender Sozialleistungsträger nicht auf das Privileg eines Klägergerichtsstandes berufen. Für ihn gelten die allgemeinen Bestimmungen, zu denen aber auch die Möglichkeiten der Prorogation und der Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung gehören. Im Hinblick auf die Vollstreckung gelten für Unterhaltstitel aus einem Mitgliedstaat der EU praktisch dieselben und noch weiter gehende Privilegien wie für den so genannten Europäischen Vollstreckungstitel, sofern der Ursprungsstaat zugleich Mitglied des HUP 2007 ist. Insbesondere gilt die Freizügigkeit des Titels auch in den Fällen, in denen die zugrunde liegende Forderung bestritten ist. Dies zeigt das besondere Vertrauen, welches diejenigen Unterhaltsentscheidungen genießen, die auf der Grundlage desjenigen materiellen Rechts zustande gekommen sind, das vom HUP 2007 zur Anwendung berufen wurde. Denn durch die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts und durch den damit erreichten internationalen Entscheidungseinklang hätte dieselbe Unterhaltsentscheidung auch in jedem anderen Mitgliedstaat getroffen werden müssen; deshalb besteht kein Anlass, die Anerkennung solcher Titel an höhere Voraussetzungen zu knüpfen, nur weil sie aus dem Ausland stammen. Kommt die Unterhaltsentscheidung nicht aus einem Vertragsstaat des HUP 2007, ist zu ihrer Anerkennung und Vollstreckung im Ergebnis dasselbe Procedere zu durchlaufen, das auch von der EuGVVO vorgesehen ist. Diese Grundsätze, namentlich also die Privilegien bei der innereuropäischen Vollstreckung von Unterhaltstiteln auf Basis des HUP 2007 gelten auch für die Fälle, in denen Vollstreckungsgläubiger ein Sozialleistungsträger ist. Diese können sich im Hinblick auf die Zuständigkeit – wie erwähnt – zwar nicht auf einen Klägergerichtsstand berufen; wenn im Vollstreckungsverfahren aber das Bestehen der Unterhaltsforderung bereits rechtskräftig festgestellt ist, besteht kein Anlass dafür, Sozialleistungsträger und andere Unterhaltsgläubiger unterschiedlich zu behandeln. Damit muss auch der Schuldner von Elternunterhalt leben, der durch seine Säumnis nicht nur gegen ein Gebot des Anstands, sondern eben auch – und vor allem – gegen eine echte Rechtspflicht verstoßen hat.